

Der Zwangsvergleich
und die außerkonkursmäßige Befriedigung
inländischer Gläubiger im In- und Ausland,
am Beispiel der Schweiz

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
des Fachbereichs
Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität
Mainz

vorgelegt von

Ernst H. Stefan

Rechtsanwalt in Stuttgart

1988





Digitized by the Internet Archive
in 2026

Der Zwangsvergleich
und die außerkonkursmäßige Befriedigung
inländischer Gläubiger im In- und Ausland,
am Beispiel der Schweiz

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
des Fachbereichs
Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität
Mainz

vorgelegt von

Ernst H. Stefan

Rechtsanwalt in Stuttgart

1988

Erstberichterstatter:

Prof. Dr. jur. Manfred Harder

Zweitberichterstatter:

Prof. Dr. jur. Klaus Müller

Tag der mündlichen Prüfung:

18. Juli 1988

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsverzeichnis	1
Abkürzungs- und Literaturverzeichnis	5
Einführung in die Problematik anhand eines Falles mit Variationen	15
I. Grundfall	15
II. Fallvarianten	16
1. Erste Variante	16
2. Zweite Variante	17
3. Dritte Variante	17
4. Vierte Variante (mit Auslandsbeziehung)	18
III. Aufriß der Probleme und Gang der Untersuchung	20
Kapitel 1 Die Wirkung des deutschen Zwangsvergleiches im Inland, insbesondere seine rechtliche Qualifikation	25
I. Anwendbares Recht	25
II. Die Anspruchsgrundlagen	25
1. Vertragliche Ansprüche	25
2. Bereicherungsrechtliche Ansprüche	26
3. Deliktische Ansprüche	27
III. Konkursforderung, Konkursmasse	29
1. Konkursforderung	29
2. Konkursmasse	31
a) Umfang der Konkursmasse	31
b) Befriedigung aus der Konkursmasse	33
c) Zusammenfassung	34
d) Zwischenergebnis	34
IV. Zwangsvergleich	36
1. Voraussetzung für den Abschluß eines gerichtlich bestätigten Zwangsvergleiches	37
2. Inhalt des Zwangsvergleiches	38
a) Gesetzliche Regeln über den Inhalt	38
b) Üblicher Inhalt eines Zwangsvergleiches	39
c) Motive und praktische Bedeutung des Zwangs- vergleichsverfahrens	42
3. Wirkungen des Zwangsvergleiches auf Konkurs- masse und Forderungen	45
a) Wirkung auf die Konkursmasse	45
b) Wirkung des Zwangsvergleiches auf Konkurs- forderungen	45

V. Anwendung der bisherigen Ergebnisse auf den Grundfall-Variante 1-3	47
VI. Rechtliche Qualifikation des Zwangsvergleiches	50
1. Der Zwangsvergleich als öffentliche Maßnahme (Urteilstheorie)	51
2. Der Zwangsvergleich als privatrechtlicher Vertrag (Vertragstheorie)	53
3. Der Zwangsvergleich als Mischgebilde (Vermittelnde Theorien)	57
4. Vorzug der Vertragstheorie	59
a) Nähere Untersuchung der Vertragstheorie	59
b) Begründung der Vorzugswürdigkeit der Vertragstheorie	62
5. Grundsätze der inhaltlichen Beurteilung des Zwangsvergleiches auf der Grundlage der Vertragstheorie	65
VII. Lösung des Grundfalles Variante 1-3, soweit vertragliche Ansprüche in Betracht kommen	66
VIII. Naturalobligation und § 193 Satz 2 KO	72
1. Ausgangslage der Untersuchung	72
2. Darstellung der herrschenden Meinung zur Naturalobligation	73
a) Konkursrechtliche Literatur	73
b) Zivilrechtliche Literatur	75
c) Rechtsprechung	77
3. Entbehrlichkeit der "Naturalobligation"	86
IX. Lösung des Grundfalles, Fallvarianten 1. - 3., soweit bereicherungsrechtliche und deliktische Ansprüche in Betracht kommen.	91
Kapitel 2 Wirkung des deutschen Zwangsvergleiches auf deutsche Gläubiger bei Erlangung einer Sonderbefriedigung in der Schweiz	94
I. Rechtliche Beurteilung der Einzelzwangsvollstreckung in der Schweiz während des deutschen Konkursverfahrens	96
1. Örtliche Zuständigkeit des Schweizer Gerichtes für Arrest und anzuwendendes Verfahrensrecht	96
2. Anwendung des deutschen Sachrechtes durch das Schweizer Gericht bei Beurteilung des Arrestanspruchs	99

a) Anwendung deutschen materiellen Rechtes	99
b) Anwendung deutschen Konkursrechtes	101
II. Geltendmachung des Rückzahlungsanspruches bezüglich der im Ausland erlangten Sonderbefriedigung	109
1. Örtliche Zuständigkeit des deutschen Gerichtes für den Rückzahlungsanspruch	109
2. Anzuwendendes Recht	110
a) Die Anwendbarkeit des konkursrechtlichen Vollstreckungsverbotes (§ 14 KO) auf Einzelvollstreckungen in der Schweiz	110
b) Die Anwendung deutscher materieller Anspruchsgrundlagen zur Geltendmachung der Rückzahlung der im Ausland erlangten Sonderbefriedigung	114
aa) Vertragliche Ansprüche	114
bb) Bereicherungsrechtliche Ansprüche	114
(1) Leistungskondiktion (§ 812 Abs. 1, Satz 1, 1. Alternative BGB).	114
(2) Eingriffskondiktion (§ 812 Abs. 1 Satz 1, 2. Alternative BGB).	116
cc) Deliktische Ansprüche	117
3. Lösung des Grundfalles, 4. Fallvariante, Unterfallvariante a)	120
a) Vertragliche Ansprüche	120
b) Bereicherungsrechtliche Ansprüche gemäß §§ 812 ff BGB	121
c) Deliktische Ansprüche	122
4. Die Anrechenbarkeit der Sonderbefriedigung auf die Vergleichsquote, Lösung der Unterfallvariante b)	122
a) Ablehnung der gegenwärtig herrschenden Rechtsprechung	123
b) Anrechnung des Erlangten auf die Quote und Schadenersatzanspruch	124
aa) Vertragliche Ansprüche	124
bb) Bereicherungsrechtliche und deliktische Ansprüche	127
cc) Unterfallvariante c)	127

Kapitel 3	Verhinderung der Sonderbefriedigung deutscher Gläubiger in der Schweiz	128
I.	International-Privatrechtliche Grundlagen	128
1.	Zuständiges Gericht, anzuwendendes Recht	129
2.	Prüfung der IPR-Kollisionsregeln	130
a)	Kollisionsrechtliche Ausgangslage	130
b)	Kollisionsrechtliche Beurteilung des deutschen Zwangsvergleiches aus Schweizer Sicht	131
3.	Anwendbarkeit des Forderungsstatuts auf den Zwangsvergleich bzw. auf den darin enthaltenen Forderungserlaß	133
II.	Der materiellrechtliche Erlaßvertrag als Kern des Zwangsvergleichs und seine selbständige Bedeutung	138
1.	Doppelnatur des Zwangsvergleichs Parallelen zum Prozeßvergleich	138
2.	Der tatsächliche oder mutmaßliche Wille der Vertragsparteien und die selbständige Wirkung des Zwangsvergleiches	141
a)	Tatsächlicher Wille	141
b)	Mutmaßlicher Wille	143
3.	Zivilrechtliche Bindung an den Zwangsvergleichsvertrag der nicht zustimmenden und nicht teilnehmenden Gläubiger	147
a)	Materielle Zustimmung durch verfahrensmäßig unwirksame Erklärung	147
b)	Zustimmung durch schlüssiges Verhalten	149
c)	Bindung durch Vertrag zu Lasten/zu Gunsten Dritter	150
4.	Materiellrechtliche Allgemeinverbindlichkeit des konkursrechtlichen Grundsatzes der par conditio creditorum	153
5.	Berücksichtigung des im deutschen Liquidationsvergleich enthaltenen Vergleichsvertrages (Erlasses) im schweizerischen Prosequierungsverfahren	155
	Gesamtzusammenfassung	157

Abkürzungs- und Literaturverzeichnis

- Amonn Kurt Amonn, Grundriß des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 3. Auflage, Bern, 1980.
- Baumbach/Bearbeiter Adolf Baumbach, Wolfgang Lauterbach, Jan Albers, Peter Hartmann, Zivilprozeßordnung, Kommentar, 46. Auflage, München 1988.
- Baumgärtel Gottfried Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlungen einer Partei im Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 1972.
- Baumgärtel, ZZP 87 Gottfried Baumgärtel, Neue Tendenzen der Prozeßbehandlungslehre, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, 1974 (87. Band), S. 121.
- Baur/Stürner Fritz Baur, Rolf Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, ein Lehrbuch, 11. Auflage, Heidelberg 1983.
- Baur, DB 1971 Fritz Baur, Die Vorbereitung des Zwangsvergleichs während des Konkursverfahrens, Der Betrieb, 1971, S. 1557.
- Beitzke Günther Beitzke, Deliktort und anwendbares Recht beim Schiffszusammenstoß, Neue Juristische Wochenschrift 1961, S. 1993.
- Berges, KTS 1964 August Maria Berges, Zur Tragweite des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Vergleichsverfahren (Rückforderung ungleichmäßig gezahlter Vergleichsquoten im Anschlußkonkurs), Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen 1964, S. 129.
- Bley Erich Bley, Jürgen Mohrbutter, Vergleichsordnung, Großkommentar, 4. Auflage, Berlin, 1. Band 1979, 2. Band 1980.
- Blumenstein Ernst Blumenstein, Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911.
- Böhle-Stamschräder, Verg10 Aloys Böhle-Stamschräder, Vergleichsordnung, Kommentar, 9. Auflage, München 1977.

- Böhle-Stamschräder/Kilger Joachim Kilger, A. Böhle-Stamschröder, Konkursordnung, 13. Auflage, München 1981
- Bötticher, ZZP 86 Eduard Bötticher, Funktionelle und instrumentale Züge des Konkursverfahrens, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, 86 (1973), 373.
- de Boor/Erkel Hans-Otto de Boor, Günther Erkel Vollstreckung, Konkurs und Vergleich, 2. Auflage, Wiesbaden 1962.
- Büchi J. Alfred Büchi, Grundzüge des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Grundlagen und allgemeine Lehren, 1. und 2. Band, Zürich 1975.
- Bürgi, BLSchK 1974 Erich Bürgi, Die "Übereinkunft zwischen der schweizerischen Eidgenossenschaft und und der Krone Württemberg, betreffend die Konkursverhältnisse und die gleiche Behandlung der beiderseitigen Staatsangehörigen in Konkursfällen" (Konkursvertrag vom 12.12.1825/13.05.1826), Blatt für Schuldbetreibung und Konkurs 1974, 1.
- Canaris, ZIP 1983 Claus Wilhelm Canaris, Die Auswirkungen eines im Ausland ausgebrachten Arrests im inländischen Konkurs und Vergleich, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis 1983, 647.
- Candian Aurelio Candian, Il Processo di concordato preventivo, Padua 1937.
- Cohn o.V. Cohn, Rechtsnatur des Zwangsvergleichs, Diss. Rostock 1910.
- Cuintu Stefan Cuintu, Zwangsvergleich im Konkurs, Diss. Berlin 1892.
- Eccius o.V. Eccius, Preußisches Privatrecht, 7. Auflage.
- Endemann W. Endemann, Das deutsche Konkursverfahren, Leipzig 1889.
- Erman/Bearbeiter Walter Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, 7. Auflage Münster 1981.

- Ferid Murad Ferid, Internationales Privatrecht, Ein Leitfaden für Studium und Praxis, Berlin, 3. Auflage 1986.
- Firsching Karl Firsching, Einführung in das internationale Privatrecht, einschließlich der Grundzüge des internationalen Verfahrensrechts, München, 3. Auflage 1987.
- Fitting Hermann Fitting, Reichskonkursrecht und Konkursverfahren, 3. Auflage Berlin 1904.
- Förger Hans-Rainer Förger, Die Stellung des Konkursverwalters im internationalen Privatrecht, Diss. Regensburg 1968.
- Frankenstein Ernst Frankenstein, Internationales Privatrecht (Grenzrecht) Band 2, Berlin 1929.
- Fritzsche Hans Fritzsche, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 1. und 2. Halbband, Zürich 1968.
- Geimer, IZPR Reinhold Geimer, Internationales Zivilprozeßrecht, Köln 1987.
- Geimer/ Schütze Reinhold Geimer, Rolf A. Schütze, Internationale Urteilsanerkennung, München, I 1 1983, I 2 1984, II 1971.
- Grabner, ZZP 48 Grabner, Natur des Zwangsvergleichs, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, 48 (1920), S. 198.
- Hanisch, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse Hans Hanisch, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, Die Wiederentdeckung selbständiger Rechtsbeziehungen der Konkursmasse in rechtsvergleichender Sicht, Frankfurt 1973.
- Hanisch, Parallel-Insolvenzen Hans Hanisch, Parallel-Insolvenzen und Kooperation im internationalen Insolvenzfall, Festschrift für Friedrich W. Bosch, Bielefeld 1976, S. 381.



- Hanisch, 100 Jahre KO Hans Hanisch, Auslandsvermögen des Schuldners im Inlandsinsolvenzverfahren und vice versa, Festschrift 100 Jahre Konkursordnung 1877 - 1977, Köln, Berlin, München 1977, S. 1939.
- Hanisch, KTS 1978 Hans Hanisch, Gegenseitigkeit, comitas und Gläubigergleichbehandlung im internationalen Insolvenzrecht, Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen 1978, S. 193.
- Hanisch, KTS 1979 Hans Hanisch, Die international-insolvenzrechtlichen Bestimmungen des Entwurfs des schweizerischen IPR-Gesetzes, Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen, 1979, S. 232.
- Hanisch, ZIP 1983 Hans Hanisch, Deutsches internationales Insolvenzrecht in Bewegung, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis 1983, S. 1289.
- Hanisch, ZIP 1985 Hans Hanisch, Die Wende im deutschen internationalen Insolvenzrecht, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis, 1985, S. 1233.
- Heimann Stefan Heimann, Rechtliche Natur des Zwangsvergleichs, Diss., Leipzig 1907.
- Hentsch Siegfried Hentsch, Besonderheiten des konkursabwendenden Zwangsvergleichs gegenüber dem Konkursbeendenden, Diss., Leipzig 1934.
- Hess/Kropshofer Harald Hess, Birger Kropshofer, Kommentar zur Konkursordnung, 2. Auflage, Darmstadt 1985.
- Jaeger/Bearbeiter Ernst Jaeger, Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, 8. Auflage, Band 1 und 2 mit 1. und 2. Halbband Berlin, New York 1958/73; 9. Auflage, 1. und 2. Lieferung, §§ 1-18, Berlin, New York 1977, 1980, 1981.

- Jauernig Ottmar Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 18. Auflage München 1987.
- Jayme/Hausmann Erik Jayme, Rainer Hausmann, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Textausgabe, München 4. Auflage 1988.
- Kegel Gerhard Kegel, Internationales Privatrecht, Ein Studienbuch, 6. Auflage, München 1987.
- Keller/Siehr Max Keller, Kurt Siehr, Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1986.
- Kießling Karl Kießling, Wesen des Zwangsvergleichs im Konkurs, Diss., Leipzig 1935.
- Kilger Joachim Kilger, Konkursordnung, 15. neu bearbeitete Auflage des von Dr. A. Böhle-Stamschröder begründeten Werkes, München 1987.
- Kisch Wilhelm Kisch, Grundriß des deutschen Konkursrechts, 3. Auflage, Mannheim/Berlin 1925.
- Kistler Ernst Walter Kistler, Die örtliche Zuständigkeit der Gerichte für Klagen aus dem schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Diss., Zürich 1980.
- Köbler, JW 1932 Köbler, Juristische Wochenschrift 1932, Anmerk. zu Urteil des OGH Wien vom 14.10.1930, S. 2335.
- Kohler ZJP 30 J. Kohler, Menestrina, L'accessione nell'esecuzione, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, 30, (1902) S. 533.
- Künne, DB 1965 Karl Künne, Kein Zwang zur gleichmäßigen Befriedigung bei der Vergleichserfüllung Der Betrieb 1965, S. 921.
- Kuhn/Uhlenbruck Georg Kuhn, Wilhelm Uhlenbruck, Konkursordnung, Kommentar, 10. Auflage, München 1986.
- Larenz Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band, Besonderer Teil, 12. Auflage, München 1981.

- Lent/Jauernig Friedrich Lent, Othmar Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 14. Auflage, München 1977
- Loehr, ZZP 16 Josef Loehr, Rechtliche Natur des Zwangsvergleichs, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, 16 (1891), S. 335.
- von Lübtow Ulrich von Lübtow, Die Struktur der Pfandrechte und Reallasten, Festschrift für Heinrich Lehmann, Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Berlin/Tübingen Band I 1956, S. 328.
- Lüer, KTS 1978/79 Hans-Jochem Lüer, Einzelzwangsvollstreckung im Ausland bei inländischen Insolvenzverfahren, Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen 1978, S. 200; 1979, S. 12.
- Martens AcP 177 Klaus-Peter Martens, Rechtsgeschäft und Dritinteressen, Archiv für civilistische Praxis 177, (1977), S. 113, 140.
- Menzel/Kuhn/Uhlenbruck Franz Menzel, Georg Kuhn, Wilhelm Uhlenbruck, Kommentar zur Konkursordnung, 9. Aufl., Berlin, Frankfurt a.M. 1976.
- Merz, ZIP 1983 Franz Merz, Probleme beim Insolvenzverfahren im internationalen Rechtsverkehr Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis, 1983, S. 136.
- Mohrbutter Jürgen Mohrbutter, Harro Mohrbutter, Handbuch der Konkurs- und Vergleichsverwaltung, 4. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1982.
- Mühl, NJW 1956 o.V. Mühl, Der außergerichtliche Liquidationsvergleich, Neue Juristische Wochenschrift 1956, S. 401.
- Müller-Freienfels Wolfram Müller-Freienfels, Auslandskonkurs und Inlandsfolgen, Festschrift für Hans Döle, Band 2, S. 359, Tübingen 1963.
- Münchener Kommentar/
Bearbeiter Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Kurt Rebmann, Franz Jürgen Secker, 2. Auflage, München Band I 1984, Band II 1985, Band III 1986, Band IV 1986.

- Neuhaus Paul Heinrich Neuhaus, Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2. Auflage, Tübingen 1976.
- Nußbaum IPR Artur Nußbaum, Deutsches internationales Privatrecht - unter besonderer Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Rechts, Tübingen 1932.
- Nussbaum, Diss. Werner Nussbaum, Das internationale Konkursrecht der Schweiz *de lege lata et ferenda*, Diss. Bern 1980.
- Oetker Friedrich Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe, Stuttgart 1891.
- Oexmann, NJW 1977 Burghard Oexmann, Anmerkung zum Urteil des OLG Hamm vom 25.10.1976 - 5 U 57/76 - Neue Juristische Wochenschrift 1977, S. 504.
- Palandt/Bearbeiter Otto Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 46. Aufl., München 1987.
- Pasquay, ZHR 66 Hans Pasquay, Die Rechtsstellung der Gläubigerversammlung im Konkurs und ihre Befugnisse, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Bd. 66 (1910), S. 34.
- Pielorz Michael Pielorz, Auslandskonkurs und Disposition über das Inlandsvermögen, Diss. Berlin 1977.
- Pielorz, IPRax 1984 Michael Pielorz, Wende im deutschen internationalen Insolvenzrecht, Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts 1984, S. 241.
- RGRK/Bearbeiter Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung des Reichsgerichtes und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, 12. Auflage, Berlin, New York, Band II 1976, 43. Lieferung 1981, 44. Lieferung 1981.
- Richert, NJW 1961 Erich Richert, Der Zwangsvergleichsvorschlag nach konkursgerichtlicher Genehmigung der Schlußverteilung, Neue Juristische Wochenschrift 1961, S. 2150.

- Richter, ZHR 76 O. Richter, Rechtsnatur des Zwangsvergleichs, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, 76 (1985), S. 112.
- Ringleb Hans-Joachim Ringleb, Universalität und Territorialität im deutschen internationalen Konkursrecht, Diss. Frankfurt 1968.
- Rosenberg Leo Rosenberg, Zivilprozeßrecht, 9. Aufl. München 1961.
- Schirmer Helmut Schirmer, Zur Vereinbarung von Obliegenheiten zu Lasten Dritter insbesondere in Verträgen zu ihren Gunsten, Festschrift für Reimer Schmidt, S. 821 ff, Karlsruhe, 1976.
- Schmidt Jürgen Schmidt, System des deutschen internationalen Konkursrechts, Diss. Frankfurt a.M. 1972.
- Schnitzer Adolf F. Schnitzer, Handbuch des internationalen Privatrechts einschließlich Prozeßrecht, unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Gesetzgebung und Rechtssprechung, Band 1 und 2, 4. Auflage, Basel 1957/58.
- Schönenberger Wilhelm Schönenberger, Internationales Privatrecht der Schweiz, Kommentar zum Obligationsrecht, Bd. V 1 a, 3. Auflage, Zürich 1961.
- Schönke/Baur Adolf Schönke, Fritz Baur, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 10. Aufl., Karlsruhe 1978.
- Schomaker Jörg Schomaker, Inlandswirkungen ausländischer konkursabwendender Vergleichsverfahren, Diss. Kiel 1982.
- Schopper M. Schopper, Wirkungen des Zwangsvergleiches, Diss. Leipzig 1903.
- Schrader/Uhlenbruck Siegfried Schrader, Wilhelm Uhlenbruck, Karl Delhaes, Konkurs- und Vergleichsverfahren, 4. Auflage, München 1977.
- Schütze/Rechtsverfolgung Rolf A. Schütze, Rechtsverfolgung im Ausland, Heidelberg 1986

- Schütze/IZPR Rolf A. Schütze, Deutsches Internationales Zivilprozeßrecht, Berlin, New York, 1985.
- Schulze Carsten Schulze, Die Kodifikation des Vertragsstatuts im internationalen Privatrecht, Diss. Basel 1980.
- A.S. Schulze A.S. Schulze, Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen, 1880.
- von Schwarzkoppen Luise von Schwarzkoppen, Die Zwangsvollstreckung eines Konkursgläubigers in ausländisches Vermögen des Gemeinschuldners nach Konkurseröffnung, Diss. Bonn 1931.
- Serick Rolf Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band III, 1970.
- Soergel/Bearbeiter Soergel-Siebert, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, Band 2/1 1986, Band 3 1980, Band 4 1985, Band 5 1978, Band 8 1983.
- Spennemann Gerd Spennemann, Insolvenzverfahren in Deutschland - Vermögen in Amerika; Das Beispiel Herstatt, Fragen des internationalen Insolvenzrechtes der Bundesrepublik Deutschland und der USA, Diss. Düsseldorf 1981.
- Staehelin, Bl.SchK Adrian Staehelin, Nachlaßstundung und Nachlaßvertrag, Blatt für Schuldbetreibung und Konkurs, 46, (1982), S. 204.
- Staudinger/Bearbeiter J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Aufl., Berlin, Band II 1976/1980.
- Stech, ZZP 77 Jürgen Stech, Unklagbare Ansprüche im heutigen Recht, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß 77 (1964), S.161.
- Stein/Jonas/Bearbeiter Friedrich Stein, Martin Jonas, Rudolf Pohle, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Tübingen, 20. Aufl. Band I 1977, Band II 1981.

- Tobler Gustav Tobler, Die internationalen Wirkungen des gerichtlichen Nachlaßvertrages mit Bezug auf die Gläubigerforderungen, Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht, Band 7, Zürich 1950, S. 104.
- Uhlenbruck Wilhelm Uhlenbruck, Gefahren des gerichtlichen Liquidationsvergleiches, GmbH-Rundschau 1976, 189.
- Vischer, IPR Frank Vischer, Internationales Privatrecht, Basel, Nachdruck 1973.
- Vischer, IVR Frank Vischer, Internationales Vertragsrecht, Bern 1962.
- Wach Felix Wach, Zwangsvergleich, Diss. Leipzig 1896.
- Wackenthaler Julius Wackenthaler, Rechtsnatur des Zwangsvergleichs, Diss. Leipzig 1911.
- Walsmann, AcP 102 Hans Walsmann, Der Irrtum im ProzeßBrecht, Archiv für civilistische Praxis, 102 (1907), S. 1.
- Wegan Josef Wegan, Zur Rechtsnatur des Ausgleiches, Festschrift für Hämmerle 1972, S. 423.
- Westermann Harm Peter Westermann, Auslandsvollstreckung während eines inländischen Vergleichsverfahrens, Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag am 17.10.1984, Berlin, New York 1984, S. 989.
- Windscheid/Kipp Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts, bearbeitet von Theodor Kipp, Band 2, Frankfurt a.M. 1906 / Aalen 1963.
- Wieczorek Bernhard Wieczorek, Zivilprozeßordnung und Nebengesetze aufgrund der Rechtsprechung kommentiert, 2. Aufl., Berlin, New York, Band II 1976, Band V 1980.
- Zöllner/Bearbeiter Richard Zöllner, Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Einführungsgesetzen, mit internationalem ProzeßBrecht, Kostenanmerkungen, 15. Aufl., Köln 1987.

Einführung in die Problematik anhand eines Falles mit Variationen

Die der Arbeit zugrunde liegende Problematik kann am besten anhand der nachfolgenden Beispielsfälle verdeutlicht werden. Um die Vielschichtigkeit der Aufgabenstellung zu demonstrieren, ohne jedoch den Nachteil der Unübersichtlichkeit hinnehmen zu müssen, wird von einem Grundfall ausgegangen, an dem die einzelnen Problemvariationen erläutert werden. Die in der Aufgabenstellung inbegriffenen Probleme des Konkursrechts werden in den einzelnen Varianten illustriert; die 4. Variante stellt auch die Auslandsbeziehung eines Zwangsvergleiches und die damit verbundenen Themen des internationalen Privatrechts dar. Aus Vereinfachungsgründen wird in diesen Fällen das Inland gleichgesetzt mit Deutschland (Bundesrepublik Deutschland) und das Ausland mit Schweiz. Dabei steht die Schweiz beispielhaft für die Auslandsstaaten, die eine Inlandswirkung des deutschen (ausländischen) Konkurses verneinen.

I. Grundfall

Über das Vermögen des deutschen, in Mainz ansässigen (Sitz und Wohnsitz) Schuldners **Sch** wird am

01.02.1983

der Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens (vor dem Amtsgericht Mainz) gestellt.

Am 01.03.1983 wird das Konkursverfahren eröffnet.

Der deutsche Gläubiger G1 hat aufgrund von 1982 durchgeführten Warenverkäufen an das Unternehmen des **Sch** eine ungesicherte Kaufpreisforderung in Höhe von 1 Million DM.

Im Konkursverfahren meldet **G1** diese Forderung am 01.05.1983 zur Tabelle an, sie wird von dem Konkursverwalter anerkannt.

Am 01.07.1984

schließt der **Sch** mit seinen nicht bevorrechtigten Gläubigern, unter Zustimmung des **G1**, einen Zwangsvergleich, der am

15.07.1984

gerichtlich bestätigt wird. Darin sagt **Sch** seinen Gläubigern binnen Jahresfrist eine Quote von 30 % auf ihre Forderungen zu, unter Erlaß der Forderungen im übrigen. Zur Durchführung des Zwangsvergleiches verpflichten sich die Eltern **E** des **Sch** zur Zahlung eines Betrages von 1,5 Millionen DM zugunsten der Gläubiger an die "Masse". Darüber hinaus verbürgen sie sich für die Erfüllung der Vergleichsquote.

Das Konkursverfahren wird am 30.12.1984 aufgehoben. Der **Sch** zahlt am 01.03.1985 an **G1** die Quote von 300.000,-- DM aus.

II. Fallvarianten:

1. Erste Variante ¹

Der **G1** erlangt - aufgrund der Unachtsamkeit des **Sch** - gegen diesen am

30.06.1985

wegen seiner Teilrestkaufpreisforderung aus dem Warenverkauf von 1982 ein Versäumnisurteil in Höhe von

1 Dieser Sachverhalt ist dem BGH-Urteil vom 30.10.1967
- WM 1968, 39 - entlehnt.

200.000,-- DM. In Anbetracht der drohenden Vollstreckung zahlt **Sch** 200.000,-- DM an **G1** am

30.07.1985.

Nach Überprüfung der Sach- und Rechtslage verlangt **Sch** von **G1** die Rückzahlung von 200.000,-- DM, die dieser verweigert.

Frage: Hat **Sch** einen Anspruch auf Rückzahlung von 200.000,-- DM gegen **G1**?

Haben möglicherweise die Eltern **E** oder andere (Konkurs-) Gläubiger Ansprüche gegen **G1**?

2. Zweite Variante

Wie 1. Fallvariante, jedoch mit dem Unterschied, daß **G1** aus dem Versäumnisurteil gegen **Sch** vollstreckt und so die 200.000,-- DM erlangt.

Frage: Hat die Erlangung der 200.000,-- DM durch Zwangsvollstreckung Auswirkung auf den ggf. vorhandenen Rückforderungsanspruch des **Sch** gegen **G1**?

3. Dritte Variante

Am 30.06.1985 schließen **Sch** und **G1** (im Rahmen ihrer wieder aufgenommenen Geschäftsbeziehungen) einen Kaufvertrag. Die daraus entstehende Kaufpreisforderung des **G1** überzahlt **Sch** aufgrund eines ihm unterlaufenden Buchungsfehlers um 200.000,-- DM; die Zahlung erfolgte am

30.07.1985.

Am 30.08.1985, nach Prüfung der Sach- und Rechtslage, verlangt **Sch** von **G1** die Rückzahlung von 200.000,-- DM, die dieser unter Hinweis auf seine alte Restkaufpreisforderung (angemeldet im Konkursverfahren) verweigert.

Frage: Hat **Sch** gegen **G1** einen Anspruch auf Rückzahlung der 200.000,-- DM?

4. Vierte Variante (mit Auslandsbeziehung) ²

Sch hat in der Schweiz, bei einer Züricher Bank, ein Guthaben in Höhe von 200.000,-- DM.

Am 15.03.1983

erlangt **G1** hierauf (als einziger Gläubiger) einen Ausländerarrest (gem. Artikel 271 I Nr. 4 Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz -SchKG-). In dem sich anschließenden Verfahren in Zürich erlangt der **G1** aufgrund seiner Kaufpreisforderung gegen **Sch** einen vollstreckbaren Titel. In Anbetracht der drohenden Auskehrung des Bankguthabens und in der irrigen Annahme dazu verpflichtet zu sein, gibt **Sch** den Betrag zugunsten des **G1** frei, und zwar am

- a) 01.03.1984 (vor Abschluß des Zwangsvergleiches);
- b) 01.09.1984 (nach Abschluß des Zwangsvergleiches, vor Zahlung der Quote);
- c) 01.06.1985 (nach Abschluß des Zwangsvergleiches, nach Zahlung der Quote).

Fragen: Ist **G1** verpflichtet die Erlangten 200.000,-- DM zurückzuzahlen? Wer ist berechtigt den eventuell bestehenden Anspruch geltend zu machen? Hat es Auswirkungen auf einen eventuell bestehenden Rückzahlungs-

² Dieser Sachverhalt ist dem Beispielsfall bei Hanisch - 100 Jahre KO, S. 139 - entlehnt, der auf die Entscheidung des RG vom 28.03.1903 (RGZ 54, 193) zurückgeht.

anspruch des **Sch.**, ob der Betrag vor Abschluß oder nach Abschluß des Zwangsvergleiches erlangt wurde?

Kann nach Abschluß des Zwangsvergleiches der erlangte Betrag im Rahmen des Zwangsvergleiches auf die Quote oder auf die Forderung des **G1** angerechnet werden?

III. Aufriß der Probleme und Gang der Untersuchung

Die oben dargestellten Einzelfragen, die die Problemstellung noch nicht vollständig erfassen und an geeigneter Stelle zu vertiefen sind, lassen sich allgemein folgendermaßen zusammenfassen:

Sämtliche Überlegungen haben davon auszugehen, daß im Bereich des deutschen Konkursverfahrens - zu dem selbstverständlich auch der in den §§ 173 ff KO geregelte Zwangsvergleich gehört - die Regelungen über den Umfang der Konkursmasse (§ 1 KO) und das Verbot der Einzelzwangsvollstreckung während des Konkursverfahrens (§ 14 KO) maßgebend sind. Gem. § 1 KO umfaßt das Konkursverfahren das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört (Konkursmasse). Der Wortlaut des § 1 KO unterscheidet nicht danach, ob das der Vollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners im In- oder Ausland liegt. Nach seiner Terminologie und Zielsetzung gehören sowohl das vollstreckbare Inlands- als auch das vollstreckbare Auslandsvermögen des Gemeinschuldners zur Konkursmasse. § 1 KO geht von dem Universalitätsprinzip des deutschen Konkurses aus³.

In dieser Arbeit soll nicht untersucht werden, ob und in welchem Umfange ausländische Staaten das Universalitätsprinzip des § 1 KO anerkennen. Gegenstand dieser Untersuchung ist vielmehr die Rechtslage gegenüber den Staaten - so z.B. gegenüber der Schweiz -, die die universelle Wirkung der deutschen Konkursordnung, insbesondere des § 1 KO, nicht akzeptieren⁴.

3 Jäger/Lent, Einl. III vor § 1; Kuhn/Uhlenbruck, § 237, Rdnr. 1, Kilger, § 1, Rdnr. 1; Hanisch, 100 Jahre KO, 139 ff; ders. KTS 1978, 193 ff; Lüer KTS 1978, 200 ff; Schmidt, S. 142; Jäger/Jahr, §§ 237, 238, Rdnr. 86 ff; BGHZ 88, 147; BGHZ 68, 16.

4 Wird das Universalitätsprinzip von dem jeweiligen Auslandsstaat anerkannt, so gestalten sich die dann auftretenden Probleme grundlegend anders. Denn dann greift das deutsche Konkursrecht unmittelbar auf im Ausland belegenes Vermögen des Gemeinschuldners. Demgegenüber beruhen die hier

Die Arbeit geht von der Untersuchung der deutschen Rechtslage aus, in deren Rahmen selbstverständlich die §§ 1 und 14 KO uneingeschränkt Anwendung finden. Der Zwangsvergleich bringt allerdings gegenüber den allgemeinen Vorschriften der Konkursordnung die Abweichung, daß die zur Konkurstabelle angemeldeten Forderungen, die grundsätzlich 30 Jahre vollstreckbar sind, durch die Regelungen des Zwangsvergleiches modifiziert werden (§§ 174, 193 KO). In aller Regel stellt diese Modifizierung einen Teilerlaß mit Stundungsabrede dar. In Anbetracht dessen ist zu untersuchen, mit welcher zeitlichen und inhaltlichen Wirkung der im Zwangsvergleich vereinbarte Teilerlaß die Konkursforderungen erfaßt.

Im oben dargestellten Beispielsfall - Grundfall, Fallvariante 1. bis 3. - ist zu prüfen, ob trotz des Zwangsvergleichs der G1 die erlangten 200.000,-- DM behalten darf, ob ihm ein Recht zum Behaltendürfen zur Seite steht. Bleibt im Rahmen des § 193 KO trotz vergleichsweise vereinbartem Teilerlaß für den erlassenen Teil der Forderung eine sog. Naturalobligation zurück, so könnten sie zumindest nach Aufhebung des Konkursverfahrens Rückzahlungsansprüchen des Sch gegen G1 entgegenstehen.

In den Fällen der Erlangung einer Befriedigung des G1 in der Schweiz (im Ausland) stellt sich allgemein die Frage, welche Folgen die Nichtanerkennung des Universalitätsprinzipes durch die Schweiz (oder andere Auslandsstaaten) auf die Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen des G1 oder auf eine sonstige in der Schweiz erlangte Befriedigung hat, ob und inwieweit deutsches Konkurs- (Verfahrens-) Recht berücksichtigt wird, nach welchem Recht die Forderung des G1 beurteilt wird, ob der Zwangsvergleich als selbständiger materieller Erlaßvertrag angesehen werden kann und nach welchem Recht er sich beurteilt.

An dieser Stelle ist es terminologisch sinnvoll, den Begriff der "Sonderbefriedigung"⁵ einzuführen. Mit diesem Begriff soll kurz

behandelten Probleme auf der Nichtanerkennung des deutschen Konkursrechts durch den Auslandsstaat.

5 Der Begriff der Sonderbefriedigung, der eine bestimmte

und prägnant der Sachverhalt umrissen werden, daß sich ein Gläubiger aus dem (an sich) konkursbefangenen "Altvermögen" des Gemeinschuldners außerhalb des förmlichen kollektiven Vollstreckungsverfahrens "Konkurs" Befriedigung seiner Forderungen verschafft hat, sei es durch Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen, sei es durch "Leistung" oder sonstige Verfügungen des Gemeinschuldners.

In den Beispielsfällen - Grundfall 4. Fallvariation - wird untersucht, ob der Gläubiger die erlangte Sonderbefriedigung in Deutschland herauszugeben hat. Die Frage und ihre Relevanz, ob bei Verneinung der Universalität des deutschen Konkurses in der Schweiz der im Rahmen eines Konkursverfahrens abgeschlossene deutsche Zwangsvergleich gleichwohl in der Schweiz Beachtung findet, sind in diesem Zusammenhang zu prüfen. Die Beachtung könnte sich aus dem vertraglichen Charakter des deutschen Zwangsvergleiches ergeben. Dem steht jedoch entgegen, daß die schweizerische Rechtsprechung und Doktrin für den Schweizer Zwangsvergleich - dem Nachlaßvertrag im Konkurs - von dessen "Urteilscharakter" ausgehen und diese Sicht der Dinge auch auf die Beurteilung der Qualifikation des deutschen Zwangsvergleiches übertragen.

Die weitere Problematik in diesem Zusammenhang ist, in welcher Weise der im Zwangsvergleich enthaltene Erlaß sich auf die Forderung des G1 auswirkt. Die Antwort hat grundsätzliche Bedeutung für die Lösung der Detailfrage, ob die erlangte Sonderbefriedigung des G1 lediglich auf seine Gesamtforderung anzurechnen oder auf seine Zwangsvergleichsquote in Ansatz zu bringen ist. Auch in diesem Bereich ist entscheidend, wie weit der im Zwangsvergleich enthaltene Erlaß geht (§ 193 KO). Auf die Quote ist die Sonderbefriedigung anzurechnen, wenn man davon ausgeht, daß durch den Erlaß (Zwangsvergleich) die Forderung insoweit erloschen ist. Auf die Forderung kann man die Sonderbefriedigung nur dann anrechnen, wenn man einen materiellen Erlaß nicht aner-

Form der außerkonkursmäßigen Befriedigung bezeichnet, ist bislang in der Literatur lediglich beiläufig verwendet worden (Westermann, S. 1005). Er trifft jedoch anschaulich den zu beschreibenden Sachverhalt und soll nachfolgend die Terminologie vereinfachen.

kennt, oder trotz Erlaß nicht von dem vollständigen Erlöschen der Forderung - dem Zurückbleiben einer Naturalobligation - ausgeht.

Praktisch bedeutsam wird der Streitpunkt bei erlangter Sonderbefriedigung vor Auskehrung der Zwangsvergleichsquote. Hat dann die Anrechnung der Sonderbefriedigung auf die ursprüngliche Forderung oder - was ungleich wirkungsvoller und dem konkursrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechender wäre - auf die Vergleichsquote zu erfolgen.

Präjudiziell ist somit, ob der im konkursrechtlichen Zwangsvergleich enthaltene Erlaß zum Erlöschen der ursprünglichen Forderung des Konkursgläubigers führt oder ob eine zwar nicht mehr durchsetzbare, jedoch ein Recht "zum Behaltendürfen" verleihende Naturalobligation zurückgeblieben ist?

Grundsätzlich läßt sich somit die Aufgabenstellung der vorliegenden Arbeit mit drei Problemkreisen zusammenfassend definieren:

- I. Wirkung des deutschen Zwangsvergleiches im Inland, insbesondere Qualifikation des Zwangsvergleiches und rechtliche Wirkung (Naturalobligation).
- II. Wirkung des deutschen Zwangsvergleiches auf deutsche Gläubiger bei Erlangung von Sonderbefriedigung in der Schweiz (aus deutscher Sicht).

- III. Gibt es eine Möglichkeit des deutschen Gemeinschuldners (Konkursverwalters) die Durchsetzung der Sonderbefriedigung von Schweizer Gerichten (Ausländerarrest usw.) zu verhindern.

Kapitel I

Die Wirkung des deutschen Zwangsvergleiches im Inland, insbesondere seine rechtliche Qualifikation

I. Anwendbares Recht

Der erste Problemkreis wird im Rahmen des Grundfalles, Fallvarianten 1. - 3. untersucht. Gemeinschuldner **Sch** und Gläubiger **G1** sind in Deutschland ansässig. Zuständig für das Konkursverfahren ist das deutsche Konkursgericht am Sitz des Gemeinschuldners. Zur Beurteilung des Rückzahlungsanspruches des **Sch** ist ein für den Sitz des **G1** örtlich zuständiges deutsches Gericht berufen. Es sind ausschließlich deutsches Konkursrecht und deutsches Zivilrecht anzuwenden.

II. Die Anspruchsgrundlagen

Zunächst soll die von **Sch** begehrte Rückzahlung der 200.000,-- DM untersucht werden, dafür kommen folgende Anspruchsgrundlagen in Betracht:

- Vertragliche Ansprüche,
- Bereicherungsrechtliche Ansprüche gem. § 812 ff BGB,
- Deliktische Ansprüche gem. § 823 Abs. 1, § 823, Abs. 2 BGB, in Verbindung mit Schutzvorschriften der Konkursordnung.

1. Vertragliche Ansprüche

Ein vertraglicher Hauptanspruch (Erfüllungsanspruch, Anspruch wegen fehlender - oder nicht gehöriger - Erfüllung) scheidet aus, da ein entsprechendes Vertragsverhältnis fehlt. Der Kaufvertrag zwischen **G1** und **Sch** ist Ursprung der Forderung des **G1** gegen **Sch** in Höhe von 200.000,-- DM. Er gibt aber für den hier zu untersu-

chenden Rückzahlungsanspruch des **Sch** gegen **G1** nichts her.

Stütze für vertragliche Ansprüche könnte lediglich der im Rahmen des Konkursverfahrens abgeschlossene Zwangsvergleich sein. Nach seinem Inhalt regelt er den Erlaß der Forderung des **G1** gegen **Sch**, soweit sie die im Zwangsvergleich zugesagte Quote übersteigt. Mit der Erlangung der Sonderbefriedigung verstößt **G1** möglicherweise gegen Regelungen des Zwangsvergleiches, was eine positive Vertragsverletzung darstellen könnte, unter der Voraussetzung, daß es sich bei dem Zwangsvergleich um einen Vertrag oder ein vertragsähnliches Gebilde handelt. Insbesondere ist zu prüfen, ob die Durchführung der Vollstreckung im Widerspruch zu der vertraglichen Regelung steht.

Thema der Untersuchung ist somit, ob der gerichtliche Zwangsvergleich einen Vertrag darstellt, welche rechtliche Wirkung der darin enthaltene Teilerlaß mit Stundungsabrede ^{5a} entfaltet, und ob bei einem schuldhaften Verstoß gegen die (vertragliche) Regelung ein Schadensersatzanspruch des **Sch** gegen **G1** auf Rückzahlung von 200.000,-- DM entsteht.

2. Bereicherungsrechtliche Ansprüche

Bei Fallvarianten 1. und 3. hat der **Sch** "freiwillig geleistet", in dem er an **G1** 200.000,-- DM zahlte. Hier könnte ein bereicherungsrechtlicher Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alternative BGB (Leistungskondiktion) gegeben sein, der auf Herausgabe des Erlangten gerichtet ist. Auch im Falle der drohenden Zwangsvollstreckung wird man wohl noch von einer Leistung des **Sch** ausgehen müssen. Die Leistung erfolgte durch **Sch**, **G1** hat etwas - nämlich 200.000,-- DM - erlangt. Die Frage

5a Jaeger/Weber, § 173, Rdnr. 1; Baur/Stürner, Rdnr. 1167;
Kilger, § 174, Rdnr. 2.

ist, ob ihm bezüglich des Erlangten ein rechtlicher Grund zur Seite steht.

Im Falle der Vollstreckung durch **G1** liegt keine Leistung des **Sch** vor. Er hat vielmehr "in sonstiger Weise" etwas (200.000,-- DM) erlangt. Hier könnte ein Bereicherungsanspruch gem. § 812 Abs. 1 Satz 1, 2. Alternative BGB (Eingriffskondiktion) gegeben sein. Auch bezüglich dieser Anspruchsgrundlage stellt sich die Frage, ob dem **G1** ein Rechtsgrund zum Behaltendürfen zusteht, beziehungsweise ob nach dem Zuordnungsgehalt der betroffenen Rechtsgüter das Erlangte dem **Sch** zustehen soll.

Der Rechtsgrund, das Erlangte behalten zu dürfen, könnte für **G1** ohne weiteres seine Kaufpreisforderung sein, wäre sie nicht konkursbefangen und von dem abgeschlossenen Zwangsvergleich betroffen. Es ist zu prüfen, welche Wirkung das Konkursverfahren und der gerichtliche Zwangsvergleich auf die Forderung des **G1** und auf und ihre Durchsetzbarkeit hat.

Geht man für den erlassenen Teil der Forderung von dem Zurückbleiben einer Naturalobligation aus, so würde dies im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Ansprüche dem **G1** - trotz Zwangsvergleich - einen Rechtsgrund zum Behaltendürfen des Erlangten geben.

3. Deliktische Ansprüche

Deliktische Ansprüche gem. § 823 Abs. 1 BGB kämen dann in Betracht, wenn **G1** in geschützte Rechtsgüter des **Sch** rechtswidrig und schuldhaft eingegriffen hätte. Bei den Fallvarianten 1. und 3. liegen die Voraussetzungen dafür nicht vor, wohl aber bei der Fallvariante 2. (Vollstreckung). Verletztes Rechtsgut könnte allenfalls das Vermögen des **Sch** sein, dieses wird aber im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB nicht geschützt.

Der Schutz des Vermögens könnte sich allerdings aus § 823 Abs. 2 BGB ergeben, vorausgesetzt, die §§ 1, 3, 14 KO sind insoweit als Schutzrechte anzusehen. Auch hier ist zu untersuchen, in welcher Weise die Vorschriften der Konkursordnung und des gerichtlichen Zwangsvergleiches auf die Forderung des Gl eingewirkt haben und die späteren Vollstreckungsmaßnahmen möglicherweise im Widerspruch zu der Rechtsordnung erscheinen lassen.

Anhand der oben dargestellten Anspruchsgrundlagen wurde die Notwendigkeit der nachfolgenden Untersuchung deutlich, nämlich welche Auswirkungen das Konkursverfahren auf die konkursbefangene Forderung und ihre Durchsetzbarkeit hat. Möglicherweise wird die Einschränkung der Durchsetzbarkeit der Forderung im Konkursverfahren nicht durch die Wirkungen des Konkursverfahrens auf die (Konkurs-) Forderung, sondern durch seine Wirkung auf das Vermögen (Konkursmasse) hervorgerufen, ohne die Forderung zu tangieren. Nach kurzer Untersuchung dieses allgemeinen Themas schließt sich die Prüfung an, welche besonderen Wirkungen im Konkursverfahren von dem gerichtlichen Zwangsvergleich ausgehen.

III. Konkursforderung, Konkursmasse

1. Konkursforderung

Vorrangig ist zu prüfen, welche (nicht bevorrechtigten) Forderungen Konkursforderungen sind.

Auf die Forderung als solche hat die Eröffnung des Konkursverfahrens unmittelbar keine Auswirkung. Es unterliegt der Dispositionsfreiheit des Gläubigers, seine Forderung im Konkursverfahren geltend zu machen oder auf die Teilnahme am Konkursverfahren zu verzichten⁶.

Wählt der (Konkurs-) Gläubiger ausdrücklich den Weg, sich nicht am Konkurs zu beteiligen, so wird seine Forderung durch den Konkurs nicht berührt⁷. Allgemein ist anerkannt, daß § 12 KO einen Gläubiger nicht daran hindert, seine Forderung gegen den Gemeinschuldner außerhalb des Konkurses zu verfolgen, wenn er auf Beteiligung am Konkurs verzichtet. In diesem Falle kann er einen Aktivprozeß unmittelbar gegen den Gemeinschuldner führen⁸. Denn er verlangt nicht, wie es § 12 KO fordert, "Befriedigung aus der Konkursmasse". Allerdings ist es ihm durch § 14 KO während der Dauer des Konkursverfahrens verwehrt, gegen den Gemeinschuldner zu vollstrecken. Auch dieser Gläubiger nimmt zwar an einem Zwangsvergleich teil (§ 193 KO). Er ist jedoch nicht gehindert, sich während des Konkursverfahrens einen Titel zu verschaffen⁹. Die Klage richtet sich dann gegen den

6 Kuhn/Uhlenbruck, § 164, Rdnr. 9; Kilger, § 164, Rdnr. 1.

7 Kuhn/Uhlenbruck, a.a.O.

8 Jaeger/Lent, § 12 Anmerkung 5; Kuhn/Uhlenbruck, § 12, Rdnr. 4, mit zahlreichen w.N.; BGH, Urteil vom 24.10.1978, NJW 1979, 162 ff, m.w.N.

9 Kuhn/Uhlenbruck, § 12, Rdnr. 4

Gemeinschuldner.

Wählt der (Konkurs-) Gläubiger den Weg, seine Forderung im Rahmen des Konkursverfahrens geltend zu machen, so greifen die konkursrechtlichen Vorschriften ein, die einerseits regeln, welche Forderungen im Rahmen des Verfahrens geltend gemacht werden können, und zum anderen die Konkursforderung in ihrem materiellen Bestand berühren¹⁰. Gemäß § 63 KO sind einzelne Forderungen vom Konkursverfahren ausgeschlossen, so beispielsweise die seit Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen (§ 63 Nr. 1 KO) und die Kosten, welche den einzelnen Gläubigern durch ihre Teilnahme am Verfahren erwachsen (§ 63 Nr. 2 KO). Die §§ 65 - 70 KO verändern die Forderung selbst nur insoweit, als es für ihre Teilnahme am Konkursverfahren notwendig ist. So gilt beispielsweise gem. § 65 KO die betagte Forderung als fällig, gem. § 66 KO die bedingte Forderung als unbedingt. Die Forderung bleibt aber in ihrer Höhe unberührt.

Nach der Aufhebung des Konkursverfahrens (§ 163 KO) gilt der Grundsatz der freien Nachforderung gem. § 164 KO. Die am Verfahren beteiligten Gläubiger können den ungedeckt gebliebenen Teil ihrer Forderung unbeschränkt geltend machen. Als Vollstreckungstitel dient der Eintrag der unbestrittenen Forderung in der Konkurstabelle (§ 164 Abs. 2 KO).

Es kann folgendes Ergebnis festgehalten werden:

Die Forderung bleibt durch das Konkursverfahren unberührt, wenn der Gläubiger auf eine Teilnahme am Konkursverfahren verzichtet. Aber auch in diesem Falle ist seine Forderung einem Zwangsvergleich und

¹⁰ Nicht näher behandelt werden hier die aus- und abgesonderte Befriedigung gem. § 43 ff KO, die bevorrechtigten Forderungen gem. § 57 ff KO und der Rang der Konkursforderung gem. § 61 KO.

den dort getroffenen Regelungen unterworfen (§ 193 KO).

Beteiligt sich der Gläubiger am Konkursverfahren, dann unterliegt die Konkursforderung den Regeln der Konkursordnung, die jedoch die Forderung selbst nicht grundlegend, d.h. nicht in ihrem Bestand, verändern. Nach Aufhebung des Konkursverfahrens gilt für den unbefriedigten Teil der Konkursforderung der Grundsatz der freien Nachforderung (§ 164 KO).

2. Konkursmasse

a) Umfang der Konkursmasse

§ 1 KO definiert die Konkursmasse. Danach umfaßt das Konkursverfahren das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört. Nach § 3 KO dient die Konkursmasse zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller persönlichen Gläubiger, welche einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch gegen den Gemeinschuldner haben.

Nach dieser Definition unterliegt die Konkursmasse keinen regionalen Beschränkungen, sie ist nicht auf das Inlandsvermögen beschränkt. Die deutsche Konkursordnung geht vom Universalitätsprinzip aus: Neben dem Inlandsvermögen gehört auch das Auslandsvermögen des Gemeinschuldners zur Konkursmasse und unterliegt dem Konkursbeschlagnahme¹¹. Ob und inwieweit von den Auslandsstaaten diese Regelung des § 1 KO anerkannt wird,

11 Jäger/Lent, Einl. III vor § 1; Kuhn/Uhlenbruck, § 237, Rdnr. 1, Kilger, § 1, Rdnr. 1; Hanisch, 100 Jahre KO, 139 ff; ders. KTS 1978, 193 ff; Luer KTS 1978, 200 ff; Schmidt, S. 142; Jäger/Jahr, §§ 237, 238, Rdnr. 86 ff; BGHZ 88, 147; BGHZ 68, 16.

steht hier im Rahmen des Grundfalles, Fallvarianten 1. - 3., nicht zur Diskussion. Dieses Thema wird im zweiten und dritten Kapitel erörtert werden.

Mit der Eröffnung des Konkursverfahrens (mit Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses gem. §§ 109, 110 KO) unterliegt die Konkursmasse dem Konkursbeschlagnahme (§§ 1, 3, 6 KO). Gem. § 6 KO verliert der Gemeinschuldner mit Eröffnung des Verfahrens die Verfügungsbefugnis über sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen. Die Verwaltungs- und Verfügungsrechte werden durch den Konkursverwalter ausgeübt; dieser hat das gesamte zur Konkursmasse gehörige Vermögen sofort in Besitz und Verwaltung zu nehmen und zu verwerten (§ 117 KO).

Für den Konkursbeschlagnahme und die haftungsrechtliche Zuweisung ist es unerheblich, ob der Konkursverwalter die Masseteile schon in Besitz genommen hat. Als "Ist-Masse" werden alle Gegenstände bezeichnet, die der Konkursverwalter tatsächlich in Verwaltungsbesitz hat oder für die Masse in Anspruch nimmt. Die Masse als Inbegriff aller Gegenstände, die von Rechtswegen vom Konkurs erfaßt (§ 1 KO) und den Gläubigern haftungsrechtlich zugewiesen sind (§ 3 KO), unabhängig von der tatsächlichen Inbesitznahme durch den Konkursverwalter, nennt man demgegenüber "Soll-Masse". Abgesehen von den §§ 11, 43, 46 KO, wird im Gesetz unter Konkursmasse stets die "Soll-Masse" verstanden¹².

Als Zwischenergebnis ist für den oben angesprochenen Ausgangsfall festzuhalten, daß das gesamte, zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung vorhandene Vermögen des **Sch** (das der Zwangsvollstreckung unterliegt) zur Konkursmasse gehört und

12 Jaeger/Henckel, § 1, Rdnr. 5; Kilger, § 1, Rdnr. 8.

vom Konkursbeschluss erfaßt ist, unabhängig vom Ort seiner Belegenheit ¹³.

b) Befriedigung aus der Konkursmasse

Schon aus dem Konkursbeschluss ergibt sich in Anbetracht von §§ 1, 3 und 6 KO die Unzulässigkeit der Einzelzwangsvollstreckung in die Konkursmasse. Die Konkursordnung hat diesen Grundsatz in § 14 nochmals eindeutig hervorgehoben. Danach finden während der Dauer des Konkursverfahrens Arreste und Zwangsvollstreckungen zugunsten einzelner Konkursgläubiger, weder in das zur Konkursmasse gehörige, noch in das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners statt. § 14 ist, soweit sich die Bestimmung auf das konkursgebundene Vermögen des Gemeinschuldners bezieht, die Folge des in § 3 ausgesprochenen Konkurszweckes, nämlich die gemeinschaftliche Befriedigung der Konkursgläubiger aus dem ihnen als Haftungsmasse zugewiesenen Konkursvermögen (§§ 1, 3 KO) ¹⁴. Dieser Zweck ist bei Anwendung und Auslegung der Bestimmung zu beachten. Über §§ 1 und 3 KO hinaus erfolgt durch § 14 auch die Einbeziehung des konkursfreien Vermögens in das Verbot. Untersagt ist durch § 14 weder die freiwillige Befriedigung eines Konkursgläubigers durch den Gemeinschuldner aus dessen konkursfreien Vermögen, noch die Aufrechnung einer Konkursforderung mit einer dem Konkursbeschluss nicht unterliegenden Forderung des Gemeinschuldners gegenüber dem Konkursgläubiger ¹⁵.

¹³ Diese Rechtsauffassung wird mit dem Schlagwort Universalität bezeichnet; vgl. Fußnote 3 und 11.

¹⁴ Kilger, § 14, Rdnr. 1, Jaeger/Henckel, § 14, Rdnr. 1.

¹⁵ Kilger, § 14, Rdnr. 1.

c) Zusammenfassung

Die Konkursmasse umfaßt räumlich unbegrenzt das gesamte, der Vollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners (§§ 1, 3 KO). Die Konkursmasse ist mit Eröffnung des Konkursverfahrens vom Konkursbeschlag erfaßt, unabhängig davon, ob der Konkursverwalter die Konkursmasse in Besitz genommen hat (Soll-Masse).

§ 14 KO verdeutlicht den aus §§ 1 und 3 KO folgenden Grundsatz, daß während der Dauer des Konkursverfahrens Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen in die Konkursmasse nicht stattfinden.

d) Zwischenergebnis

Für den Ausgangsfall - Grundfall, Variante 1. - 3. - folgt unter der ausschließlichen Betrachtung der Regeln der Konkursordnung - unter Auslassung des Zwangsvergleiches -, daß der G1 nicht zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet ist. Denn in diesen Beispielsfällen war zum Zeitpunkt der Erlangung der Sonderbefriedigung (am 30.06. bzw. 30.07.1985) i.H.v. 200.000.-- DM das Konkursverfahren bereits aufgehoben (am 30.12.1984). In diesem Fall gilt gem. § 164 KO der Grundsatz der freien Nachforderung. G1 wurde mit seiner Konkursforderung in Höhe von 1.000.000.-- DM nicht voll befriedigt (unterstellt, daß er im Konkursverfahren eine Quote von beispielsweise 10 % erhalten hätte). Seine Forderung besteht nach wie vor unberührt fort, soweit sie nicht durch Befriedigung erloschen ist. Der bestehende Zahlungsanspruch kann mit gerichtlicher Hilfe durchgesetzt werden. Grundsätzlich ist der Auszug aus der Konkurstabelle ein Vollstreckungstitel. Das Versäumnisurteil, das gegen Sch in Anbetracht der Geltendmachung der streitigen Forderung im Kon-

kursverfahren nicht hätte ergehen dürfen. Es hat aus diesem Grunde hinter dem Vollstreckungstitel "Auszug aus der Konkurstabelle" zurückzutreten. Diese formellen Gesichtspunkte sind jedoch nicht entscheidend. Aufgrund des bestehenden Restkaufpreisanspruches ist die Zahlung des **Sch** als auf diese Forderung erbracht anzusehen. Das gilt zumindest für den Fall der freiwilligen Zahlung. Im Falle der Vollstreckung aus dem angreifbaren Versäumnisurteil ist gleichfalls eine Rückforderung des Geleisteten ausgeschlossen, da die (Rest-) Kaufpreisforderung des **G1** gegen **Sch** besteht und durch den Auszug der Konkurstabelle tituliert ist (Fallvariante 2.). Der **G1** kann die Restkaufpreisforderung gegenüber dem Rückzahlungsanspruch des **Sch** (wegen Zahlung auf einen rechtswidrigen Titel) aufrechnen, oder ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. Entsprechendes gilt auch für die Fallvariante 3., im Falle der irrtümlichen Zahlung des **Sch** an **G1**.

IV. Zwangsvergleich

In dem der Arbeit vorangestellten Grundfall hat der **Sch** mit seinen Gläubigern einen Zwangsvergleich abgeschlossen. Der Inhalt des Zwangsvergleiches ist in dem Grundfall stark abstrahiert und schematisiert. Der Inhalt eines Zwangsvergleiches unterliegt weitgehend der Dispositionsfreiheit der beteiligten Parteien, so daß nicht von "dem" Inhalt eines Zwangsvergleiches ausgegangen werden kann. Der Inhalt bestimmt sich stets nach den juristischen und wirtschaftlichen Erfordernissen und der Vergleichsbereitschaft der Beteiligten. In aller Regel enthält jedoch jeder Zwangsvergleich einen Teilerlaß der Konkursforderungen. Konsequenz der Gestaltungsvielfalt ist die Unmöglichkeit der pauschalen Beurteilung der Auswirkungen eines Zwangsvergleiches auf die betroffenen Forderungen, ohne daß sein spezieller Wortlaut einer genauen Prüfung unterzogen wird. Für die Untersuchung, welche Auswirkungen der Zwangsvergleich auf die Forderung des **G1** hat, wird zunächst von der in den Beispielsfällen zugrunde gelegten Standardregelung ausgegangen. Von dieser Basis aus werden dann Besonderheiten, wie beispielsweise der bedeutsame Liquidationsvergleich untersucht. Zum Zwecke des besseren Verständnisses wird der Untersuchung der Wirkung des Zwangsvergleiches die Darstellung der gesetzlichen Bestimmungen und Voraussetzungen für den Abschluß und die gerichtliche Bestätigung vorausgeschickt. Daran schließt sich die Betrachtung des gesetzlich zulässigen und des in der Praxis üblichen Inhaltes eines Zwangsvergleiches an.

1. Voraussetzungen für den Abschluß eines gerichtlich bestätigten Zwangsvergleiches

Der Zwangsvergleich ist als konkursbeendender Vergleich¹⁶ geregelt in den §§ 173 - 201 KO. Im Rahmen des Konkursverfahrens ist der Zwangsvergleich bis zur Genehmigung der Schlußverteilung gem. § 173 KO möglich¹⁷. § 175 KO zählt Straftatbestände auf, bei deren Verwirklichung der Zwangsvergleich unzulässig ist.

Der Gemeinschuldner kann einen Vorschlag zum Abschluß des Zwangsvergleiches unterbreiten (§ 173 KO). Der Vorschlag ist gem. § 178 KO bei der Geschäftsstelle des Konkursgerichtes zur Einsicht zu hinterlegen, zusammen mit der Stellungnahme des Gläubigerausschusses zur Annehmbarkeit des Vorschlages (§ 177 KO). Nur auf Antrag des Konkursverwalters oder des Gläubigerausschusses kann das Konkursgericht gem. § 176 KO den Vergleichsvorschlag zurückweisen, wenn ein solcher bereits in demselben Verfahren abgelehnt oder zurückgezogen worden ist. In dem innerhalb eines Monats anzuberaumenden Vergleichstermin (§ 179 KO) haben die Gläubiger über die Annahme des Zwangsvergleiches abzustimmen. Es zählt ein zweifaches Stimmenquorum: die Kopfmehrheit der im Termin anwesenden stimmberechtigten Gläubiger und die dreiviertel Summenmehrheit der Gesamtsumme aller stimmberechtigten Forderungen (§ 182 KO). Der im Vergleichstermin angenommene Zwangsvergleich bedarf der Bestätigung durch das Konkursgericht (§ 184 KO). Die von dem Gericht ausschließlich zu beachtenden Verwerfungsgründe sind in §§ 186 - 188 KO geregelt.

Sobald der Vergleich rechtskräftig bestätigt ist und der Konkursverwalter die ihm gem. § 191 KO obliegenden

16 Zu unterscheiden von dem konkursverhindernden Vergleich der Vergleichsordnung.

17 Riechert, NJW 1961, 2150 ff.

Aufgaben erfüllt hat ¹⁸, wird das Konkursverfahren durch Beschluß aufgehoben. § 193 KO bestimmt die Wirkung des Zwangsvergleiches für und gegen alle nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger, wobei die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen sowie die Rechte aus den Forderungssicherheiten unberührt bleiben. Die Konkursgläubiger können - soweit ihre Forderungen vom Konkursverwalter anerkannt worden sind - aus der Konkurstabelle nach Maßgabe des Zwangsvergleiches die Zwangsvollstreckung durchführen.

Die §§ 195 - 201 KO treffen Regelungen über die Aufhebbarkeit bzw. Anfechtbarkeit des Zwangsvergleiches.

2. Inhalt des Zwangsvergleiches

a) Gesetzliche Regeln über den Inhalt

Nur zwei Paragraphen - § 174 und § 181 KO - behandeln den Inhalt des Zwangsvergleiches bzw. des von dem Gemeinschuldner zu unterbreitenden Zwangsvergleichsvorschlages. Gem. § 174 KO muß der Vergleichsvorschlag angeben, in welcher Weise die Befriedigung der Gläubiger zu erfolgen hat, ob und in welcher Weise Sicherheit für die Erfüllung des Vergleiches bewirkt werden soll.

§ 181 KO bestimmt, daß allen nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern gleiche Rechte zu gewähren sind. Obgleich im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, ist eindeutig, daß der Zwangsvergleich in aller Regel - mit Ausnahme des ansich nicht üblichen reinen Stundungsvergleiches - einen Teilerlaß der Konkursforderungen enthält ¹⁹. Im Gesetz sprechen die §§ 196

¹⁸ Zu diesen Aufgaben zählt nicht bzw. nicht mehr die Verwertung der Masse, es sei denn es liegt ein Liquidationsvergleich vor, in dem der Konkursverwalter als Treuhänder eingesetzt ist.

¹⁹ Baur/Stürner, Rdnr. 1167, m.w.N.; Jaeger/Weber, § 173, Rdnr. 1; Kilger, § 174, Rdnr. 2.

und 197 KO den durch Zwangsvergleich vereinbarten Erlaß ausdrücklich an ²⁰.

b) Üblicher Inhalt eines Zwangsvergleiches

Der Zwangsvergleich ist in folgenden Formen möglich:

- Stundungsvergleich,
- Erlaß bzw. Teilerlaßvergleich, auch in der Form des Liquidationsvergleiches.

Der reine Stundungsvergleich ist als gerichtlicher Zwangsvergleich von äußerster Seltenheit. In aller Regel wird jedoch der Erlaßvergleich mit einer Stundungsvereinbarung verbunden ²¹. Die Vergleichsquote wird dann nicht sofort in voller Höhe fällig, vielmehr wird meist die ratenweise Zahlung in bestimmten Zeiträumen von 1 - 2 Jahren vereinbart.

Der im Ausgangsbeispiel schematisch umrissene Zwangsvergleich - der einen Erlaß mit Stundungsvereinbarung enthält - würde beispielsweise folgenden Wortlaut haben ²²:

20 Aufgrund des Wortlautes ist von einem "vergleichsweisen Erlaß" im rechtstechnischen Sinn auszugehen, vgl. v. Lübtow, S. 334.

21 vgl. Fußnote 19.

22 Das Muster ist bei Mohrbutter, S. 443, entnommen. Es empfiehlt sich, im Zwangsvergleichsvorschlag darüber hinaus zu regeln, daß die seit Eröffnung des Verfahrens angefallenen Kosten und Zinsen ebenfalls von der Erlaßvereinbarung mit umfaßt sind, da in der Konkursordnung eine dem § 83 II VerglO entsprechende Vorschrift fehlt.

I. Nach Zahlung der Masseschulden, Massekosten und der bevorrechtigten Forderungen aus der Konkursmasse erhalten die nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger auf die festgestellten Forderungen 30 % unter Verzicht auf den Rest der Forderungen.

II. Der Forderungsbetrag (die Quote gem. I.) wird spätestens ein Jahr nach Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses gezahlt.

III. Die Zahlungen werden sichergestellt durch:

a) Bereitstellung eines Betrages von 1.500.000,-- DM durch E, zur Deckung der in Ziffer I. zugesagten Quote. Die Zahlung erfolgt an den Konkursverwalter als Treuhänder. Eine unbedingte Zahlungsverpflichtungserklärung der Bank in Höhe von 1.500.000,-- DM liegt dem Konkursverwalter vor.

b) Stellung einer selbstschuldnerischen Bürgschaft der E in Höhe von

Im Zwangsvergleichsverfahren ist der Liquidationsvergleich von besonderer Bedeutung. Er sieht regelmäßig vor, daß der Gemeinschuldner die Aktivmasse (ganz oder teilweise) den Gläubigern zur anteiligen Befriedigung hingibt, und zwar gegen Erlaß der nach der Verwertung verbliebenen Restforderungen, um das Recht der freien Nachforderung (§ 164 Abs. 1 KO) auszuschließen. Die Zulässigkeit solcher Vergleiche, insbesondere im Hinblick auf das aus § 174 KO folgende Gebot der Bestimmtheit des Vergleichsvorschlages, ist anerkannt²³. Dieser Vergleichstyp wird häufig dadurch mit einer Sicherung versehen, daß nicht der Gemeinschuld-

23 Jaeger/Weber, § 174, Rdnr. 4, m.w.N.;
RGZ 72, 117; 79, 196; 89, 131.

ner die Verfügungsbefugnis über die Masse wiedererlangt, sondern ein Treuhänder eingesetzt wird (Treuhändlerliquidationsvergleich). Das Vermögen des Gemeinschuldners wird zum Zwecke der Verwertung auf den Treuhänder übertragen, entweder mit dinglicher Wirkung (echte Treuhand) oder durch Übertragung der Befugnis zur Verwaltung und Verwertung des Treugutes (unechte Treuhand). Der Treuhändlerliquidationsvergleich ist gesetzlich nicht geregelt, jedoch allgemein anerkannt. Beim konkursbeendigenden Zwangsvergleich ist das Treugut regelmäßig die Konkursmasse. Hinzu kommt meist Vermögen, das der Gemeinschuldner als konkursfreies oder Neuvermögen oder ein Dritter zur Verfügung stellen²⁴.

Das Beispiel für einen Treuhändlerliquidationsvergleich könnte wie folgt lauten:

1. Der **Sch** überläßt sein gesamtes Vermögen den Gläubigern zur Verwertung.
2. Der durch die Verwertung des unter Ziffer 1. genannten Vermögens und die Zahlungen gem. Ziffer 4. nicht gedeckter Teil der Forderungen - einschließlich der seit Konkurseröffnung laufenden Zinsen und Kosten - wird erlassen. Die Gläubiger verzichten damit auch auf Zwangsvollstreckungsmaßnahmen im Ausland.
3. Der **Sch** erteilt dem Konkursverwalter als Treuhänder den unwiderruflichen Auftrag, sein unter Ziffer 1. genanntes Vermögen zu verwerten und die Erlöse hieraus zur Befriedigung der nicht bevorrechtigten Gläubiger an diese zu verteilen. Zur Vornahme der Verwertungshandlungen erhält der Treuhänder eine unwiderrufliche Vollmacht in notarieller Form. Der Treuhänder ist berechtigt, jederzeit die Übertragung des Vermögens auf sich zu verlangen.

24 Kuhn/Uhlenbruck, § 174, Rdnr. 1 g, m.w.N.;
Jaeger/Weber, § 174, Rdnr. 4.

Dies gilt auch für die Zeit über die Aufhebung des Konkursverfahrens hinaus.

4. Zur Durchführung des Zwangsvergleiches werden von E an den Treuhänder folgende Zahlungen geleistet:

a) 1.500.000,-- DM innerhalb eines Jahres nach Rechtskraft des Zwangsvergleiches.

b) Zur Absicherung dieser Zahlungen sind dem Konkursverwalter/Treuhänder Bankgarantieerklärungen einer deutschen Bank oder Sparkasse in entsprechender Höhe hinterlegt, die eine Verpflichtung zur Zahlung auf erste Anforderung enthalten.

5. Der Treuhänder hat Ausschüttungen vorzunehmen, sobald aus der Verwaltung des schuldnerischen Vermögens jeweils 10 % der beteiligten Forderungen abgedeckt werden können ²⁵.

c) Motive und praktische Bedeutung des Zwangsvergleichsverfahrens

Der Zwangsvergleich soll die anerkanntermaßen negativen Auswirkungen des Konkurses korrigieren. Der Konkurs ist vielfach für Gläubiger und Schuldner gleichermaßen unbefriedigend, für Gläubiger, weil sie nur eine geringe Quote erhalten, für den Schuldner, weil sein Vermögen unter Wert liquidiert wird und die Gläubiger wegen ihrer Forderungen aufgrund des Tabellenauszuges noch 30 Jahre in "neues" Vermögen vollstrecken können. So laufen die Interessen der Gläubiger und des Schuldners parallel, wenn durch den Zwangsvergleich die Dividende der Gläubi-

25 Der als Beispielsfall wiedergegebene Text ist einem unveröffentlichten, bei dem Amtsgericht Stuttgart 1985 abgeschlossenen Zwangsvergleichs entnommen. Ein weiteres Beispiel für einen Treuhandliquidationsvergleich enthält Schrader/Uhlenbruck, S. 220.

ger gegenüber der im Konkurs zu erwartenden erhöht und ihre Zahlung gesichert und beschleunigt wird.

Als "Gegenleistung" erlassen die Gläubiger den über die Vergleichsquote hinausgehenden Teil ihrer Forderungen. Nach Erfüllung des Zwangsvergleiches kann tatsächlich ein "Schlußstrich" gezogen werden. Es wird dadurch vielfach dem Gemeinschuldner die Möglichkeit gegeben, sein insolvent gewordenes Unternehmen fortzuführen, was auch im allgemeinen Interesse liegen kann ²⁶.

Ogleich rechtliche Ausnahmeregelung und in der Praxis nicht allzu häufig, ist der Zwangsvergleich von erheblicher praktischer und wirtschaftlicher Bedeutung. Der Zwangsvergleich ist typisch für massereiche Konkurse ²⁷, in denen in der Anfangsphase der Insolvenz der Abschluß eines konkurshindernden Vergleiches nicht zustande kam. Der konkurshindernde Vergleich scheitert häufig in dieser frühen Phase, weil den Gläubigern der sichere Überblick über den Umfang der Masse - insbesondere der Auslandsmasse - fehlt. Oder es wird bewußt das Konkursverfahren mit der Möglichkeit der Konkuranfechtung gem. § 29 ff. KO angesteuert, da ein vergleichbares Korrektiv in der Vergleichsordnung nicht vorgesehen ist. In diesen Fällen ist regelmäßig die Frage des Umfanges der Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften noch ungeklärt oder zumindest noch streitig.

In der Praxis wird der Zwangsvergleich erst erwogen, wenn die Frage der Konkursanfechtung und damit die Frage der bevorrechtigten Forderungen abschließend geklärt ist. Danach können die nicht bevorrechtigten Gläubiger relativ genau ermitteln, mit welcher Konkursquote (Dividende) sie zu rechnen haben. Die

26 Baur/Stürner, Rdnr. 1166; zustimmend Kuhn/Uhlenbruck, § 173, Rdnr. 1.

27 Vgl. dazu Nussbaum, Diss., S. 122 f.

Abklärung erfordert Monate, meist Jahre. Die Gläubiger sind nach dieser Zeit geneigt, einem Zwangsvergleich - der die freie Nachforderung gem. § 164 KO aufhebt - näherzutreten, wenn der Gemeinschuldner gem. § 174 KO im Rahmen seines Vergleichsvorschlages Leistungen und/oder Sicherheiten von dritter Seite bietet, die über das der Konkursmasse zur Verfügung stehende hinausgehen. Dritte - meist Angehörige des Gemeinschuldners - sind in Anbetracht des Verzichtes auf freie Nachforderung bereit, Leistungen im Rahmen des Zwangsvergleiches zu erbringen, verbunden mit der eindeutigen Zweckbestimmung, durch den Zwangsvergleich den Gemeinschuldner von Nachforderungen zu befreien und ihm dadurch einen Neuanfang zu ermöglichen. Nicht bevorrechtigte Gläubiger sind aufgrund dieser Vorteilsgewährung von Dritter Seite bereit, auf die auch in der Zukunft wirkenden wirtschaftlichen Vernichtung des Gemeinschuldners zu verzichten²⁸. Geschäftsgrundlage beim Abschluß des Zwangsvergleiches ist die Freistellung des Gemeinschuldners von Inanspruchnahme aus "Altverbindlichkeiten", soweit diese über die im Zwangsvergleich zugesagte und abgesicherte Vergleichsquote hinausgehen.

28 Hess/Kropshofer, § 173, Rdnr. 3; Vgl. auch Baur-Stürner, Rdnr. 1167; Kilger, § 174, Rdnr. 2.

3. Wirkungen des Zwangsvergleiches auf Konkursmasse und Forderungen

a) Wirkung auf die Konkursmasse

Die oben ^{29a} dargestellte, gem. §§ 1, 3, 6 KO geregelte Wirkung des Verfahrens auf die Konkursmasse wird durch die gesetzlichen Regelungen zum Zwangsvergleich nicht unmittelbar berührt. Allerdings besteht eine mittelbare Einwirkungsmöglichkeit in der Form, daß die Konkursgläubiger und der Gemeinschuldner kraft ihrer Dispositionsfreiheit die Wirkungen des Zwangsvergleiches auf einen Teil des Vermögens des Gemeinschuldners beschränken können. Das gilt insbesondere im (Treuhand-) Liquidationsvergleich. Als zulässig ist anerkannt, daß der Gemeinschuldner zur Befriedigung seiner Konkursgläubiger lediglich einen bestimmten Teil seines Vermögens zur Verwertung zur Verfügung stellt ²⁹.

b) Wirkung des Zwangsvergleiches auf Konkursforderungen

Ausschließlich in § 193 KO sind Regelungen über die Wirkungen des Zwangsvergleiches enthalten. § 193 Satz 1 KO bestimmt einerseits den Wirkungskreis des Zwangsvergleiches. Dieser ist wirksam für und gegen alle nicht bevorrechtigten Gläubiger, und zwar auch gegen diejenigen, die weder am Konkursverfahren noch an der Beschlußfassung über den Vergleich teilgenommen haben.

29a Kapitel 1, III 2 a, b.

29 Jaeger/Weber, § 174, Rdnr. 4, m.w.N.

Andererseits bringt § 193 Satz 2 KO zum Ausdruck, daß die Rechte der Gläubiger bezüglich ihrer Sicherheiten, also gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners, sowie Rechte aus einem für die Forderung bestehenden Pfandrecht, aus einer bestehenden Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld oder Schiffshypothek, oder aus einer zu ihrer Sicherheit eingetragenen Vormerkung durch den Zwangsvergleich nicht berührt werden.

Die spärliche gesetzliche Regelung über die Wirkung des Zwangsvergleiches steht im Zusammenhang mit der Dispositionsfreiheit der Betroffenen über seinen Inhalt (§§ 173, 174 KO). Die Wirkungen im einzelnen werden durch den Vergleichstext festgelegt. Wie oben dargelegt^{29b}, enthält der Zwangsvergleich in aller Regel einen Teilerlaß. Ausgehend von diesem maßgeblichen Inhalt, regelt der Zwangsvergleich eine an die Stelle der konkursmäßigen Schuldbereinigung tretende außerkonkursmäßige Befriedigung der nicht bevorrechtigten Gläubiger (§§ 173, 174 KO). Der Zwangsvergleich ändert die ursprüngliche Forderung ihrem Wesen nach nicht, er enthält somit keine Novation³⁰. Er begrenzt aber den Umfang des Anspruches. Auch liegt in ihm weder ein Schuldanerkenntnis noch ein Verzicht auf Einwendungen³¹.

Gem. § 193 Satz 2 KO bleiben die Rechte der Gläubiger aus ihren Sicherheiten bezüglich der Konkursforderungen unberührt. Aus dieser Vorschrift leiten die herrschende Meinung und Rechtsprechung³² ab, bezüglich des erlassenen

29b Kapitel 1, IV 2 b.

30 Jaeger/Weber, § 193, Rdnr. 2; Kuhn/Uhlenbruck, § 193, Rdnr. 1; RGZ 119, 396.

31 Kilger, § 193, Rdnr. 1, m.w.N.

Teils der Konkursforderung gehe die Forderung nicht vollständig unter, sondern es bleibe eine Naturalobligation zurück. Der im Zwangsvergleich enthaltene Erlaß führe danach nicht zum vollständigen Untergang der Forderung, es bleibe vielmehr eine nicht durchsetzbare Forderung - Naturalobligation - zurück. Diese bilde einen Rechtsgrund für spätere Leistungen des Gemeinschuldners oder eines Dritten (§ 267 BGB). Wird ein durch Zwangsvergleich entlasteter Schuldner wieder zahlungsfähig, so habe er die Anstandspflicht, die Restschuld zu erfüllen. Was er an Nachzahlungen leiste, könne er nicht als eine Bereicherung - ohne rechtlichen Grund - zurückfordern, auch wenn ihm der Mangel einer erzwingbaren Verbindlichkeit unbekannt und er gar nicht gewillt gewesen sei, eine Anstandspflicht zu erfüllen³³.

V. Anwendung der bisherigen Ergebnisse auf den Grundfall-Variante 1 - 3

Untersucht man auf der Grundlage der oben dargestellten herrschenden Rechtsprechung und Lehre den Grundfall, 1. Fallvariante, so kommt man zu folgendem Ergebnis:

Dem **Sch** steht gegen **G1** auf der Grundlage bereicherungsrechtlicher Ansprüche kein Rückzahlungsanspruch zu. Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 30.10.1967³⁴ den bereicherungsrechtlichen Rückzahlungsanspruch mit der Begründung abgelehnt, bezüglich des im Rahmen eines Zwangsvergleiches erlassenen Teils der Forderung sei

32 RGZ 78, 71 ff; RGZ 153, 338 ff; RGZ 163, 46 ff; RGZ 155, 95 ff; RGZ 160, 134 ff; BGHZ 31, 174; BGHZ 57, 78; BGHZ 83, 102 ff; Kuhn/Uhlenbruck, § 193, Rdnr. 8; Weber/Weber, § 193, Rdnr. 5; Stech, ZZP 77, 161, 183 ff.

33 Jaeger/Weber, § 193, Rdnr. 6, m.w.N.

34 WM 1968, 39 ff.

eine tilgungsfähige Naturalobligation erhalten geblieben, so daß der **Sch** das "darauf Geleistete" nicht als ohne Rechtsgrund gezahlt zurückfordern könne. Der BGH läßt in diesem Zusammenhang offen, ob bei einer Vollstreckung auch von einer Leistung auf die Naturalobligation ausgegangen werden kann. Vertragliche Rückzahlungsansprüche hat der BGH nicht geprüft. Offensichtlich ging er davon aus, daß bei Anerkennung des Zurückbleibens einer Naturalobligation dem Wortlaut des Zwangsvergleichs keine entgegengesetzte vertragliche Regelung entnommen werden könne. Konsequenterweise hat der BGH auch deliktische Ansprüche nicht geprüft.

Die Fallvariante 3. ist wie die Fallvariante 1. zu lösen, da die Überzahlung eine (irrtümliche) Leistung im Sinne der Rechtsprechung des BGH darstellt, die auf die tilgungsfähige Naturalobligation als geleistet anzusehen ist.

Die Lösung der Fallvariante 2. könnte deshalb fraglich sein, weil die Vollstreckung wohl nicht als Leistung, sondern als "Eingriff" im Sinne des § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alternative BGB angesehen werden muß. Verfolgt man den Gedanken der Naturalobligation konsequent weiter, muß auch im Rahmen der Eingriffskondition aus ihrem Bestehen der Schluß gezogen werden, daß unter Berücksichtigung der möglicherweise betroffenen Rechtsvorschriften sich die Güterzuordnung für das Behaltendürfen durch **Gl** ausspricht, denn es steht ihm die tilgungsfähige Naturalobligation als "Forderung minderer Qualität" als Rechtsgrund zur Verfügung.

Geht man von der typischen Fallgestaltung aus, daß der **Sch** nur über eine sehr begrenzte Vermögensmasse - die ehemalige Konkursmasse - verfügt, aus der heraus er gewillt und verpflichtet ist, die im Zwangsvergleich zugesagten Quoten zu tilgen, wird diese Masse zu Lasten der übrigen Vergleichsgläubiger um 200.000,-- DM geschmärlert. Regelmäßig wird der **Sch** kein nennenswertes Neuver-

mögen zur Verfügung haben. Infolgedessen wird der **Sch** nicht in der Lage sein, die im Zwangsvergleich zugesagte Quote gegenüber den übrigen Vergleichsgläubigern zu erfüllen. Zwar können diese mit dem Auszug aus der Konkurstabelle nach Maßgabe des Zwangsvergleiches gegen den **Sch** vollstrecken. Diese Vollstreckungsmöglichkeit ist wirtschaftlich jedoch wertlos, da der **Sch** nicht über weiteres Vermögen verfügt. Die Leidtragenden wären somit entweder die übrigen Vergleichsgläubiger in Form einer anteiligen Schmälerung ihrer Vergleichsquote oder einzelne Vergleichsgläubiger mit Totalausfall ihrer Quote, wenn der **Sch** im Rahmen der Verteilung es vorzieht, einzelne Vergleichsgläubiger voll zu befriedigen.

Am Rande ist zu erwähnen, daß sich damit der von den **E** erbrachte Zuschuß zur Masse entgegen seiner Zweckbestimmung zumindest teilweise einseitig zu Gunsten des **Gl** auswirkte. Soweit die **E** eine Bürgschaft zur Erfüllung der Vergleichsquote übernommen haben, können die übrigen Vergleichsgläubiger auf die Bürgen **E** zugreifen, wodurch diese die Leidtragenden wären.

Als Fazit ist ein in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht äußerst unbefriedigendes Ergebnis festzustellen, das in keiner Weise der Zielsetzung des Zwangsvergleiches entspricht. Es drängt sich die Frage auf, ob die Beteiligten des Zwangsvergleiches ein solches Ergebnis gewollt haben, als sie auf Teile ihrer Forderungen verzichteten.

Aufgrund des unbefriedigenden Ergebnisses ist die Untersuchung der Frage angebracht, wie der Zwangsvergleich in rechtlicher Hinsicht zu qualifizieren ist und ob sich aus dieser Untersuchung nicht ein befriedigenderes Ergebnis herleiten läßt. In Betracht kommen im wesentlichen die rechtliche Beurteilung als Urteil oder als Vertrag. Sollte sich seine Einschätzung als Erlaßvertrag (Vergleich im Sinne von § 779 BGB) als zutreffend erweisen, ist die weitere Untersuchung angebracht, ob auf der

Grundlage dieses Vertrages und unter Berücksichtigung von § 193 KO die Annahme des Zurückbleibens einer tilgungsfähigen Naturalobligation zutreffend ist oder ob diese Betrachtungsweise dem Erlaßvertrag widersprechen könnte, ohne ausreichend von der gesetzlichen Vorschrift des § 193 KO gedeckt zu sein.

VI. Rechtliche Qualifikation des Zwangsvergleiches

Seit Inkrafttreten der Konkursordnung im Jahre 1877 ist in der Literatur die rechtliche Qualifikation des Zwangsvergleiches umstritten. Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts sind über dieses Thema zahlreiche wissenschaftliche Abhandlungen veröffentlicht worden³⁵. Polarisierend widerstreiten Urteilstheorie und Vertragstheorie, die von vermittelnden Theorien verbunden werden. Soweit ersichtlich, sind zur rechtlichen Qualifikation des Zwangsvergleiches in jüngerer Zeit keine umfassenden Veröffentlichungen erfolgt.

Gleichwohl kommt gerade heute im internationalen Rechtsverkehr dieser "alten" Streitfrage Bedeutung und Aktualität zu. Zum Beleg für diese Behauptung wird dem systematischen Ablauf mit dem nachfolgenden Exkurs vorgegriffen, der die Bedeutung der rechtlichen Qualifikation des Zwangsvergleiches demonstrieren soll.

Die deutsche herrschende Lehre und Rechtsprechung gehen von der Vertragstheorie aus und ordnen den Zwangsvergleich grundsätzlich als Vertragswerk³⁶ ein. Demgegenüber gehen die schweizerische Doktrin und Rechtsprechung von der Urteilstheorie aus^{36a}. Darüber hinaus geht die schweizer Rechtsprechung davon aus, der deutsche Zwangs-

35 Loehr, Cuintu, Wach, Schopper, Heimann, Cohn, Wackenthaler, Richter, Grabner, Hentsch, Kießling; siehe nähere Bezeichnung im Abkürzungs- und Literaturverzeichnis.

36 Vgl. unten Kapitel 1, VI 2.

36a Vgl. unten Kapitel 3 I 2 b, vgl. auch FN 43

vergleich unterliege als reines Verfahrensrecht der *lex fori* und sei deshalb bezüglich seiner Wirkungen in der Schweiz unter dem Blickwinkel der Urteilstheorie unbeachtlich^{36b}. Das kann im Rahmen der international konkursrechtlichen bzw. international privatrechtlichen Beurteilung des Zwangsvergleiches, die im zweiten Problemkreis zu diskutieren sein wird, zu einer falschen Einschätzung der Rechtslage aus Schweizer Sicht führen. Ist der Zwangsvergleich als selbständiger zivilrechtlicher Vertrag zu qualifizieren, der nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechtes auch von dem Schweizer Richter so, und zwar nach deutschem Recht zu beurteilen wäre, ist die rechtliche Einordnung des deutschen Zwangsvergleiches von elementarer Bedeutung.

1. Der Zwangsvergleich als öffentliche Maßnahme (Urteilstheorie)

Die ältere Lehre vom Urteilscharakter des Zwangsvergleichs³⁷ faßt die gerichtliche Bestätigung des Vergleichs (184 Abs. 1 KO) als eine Art von gerichtlichem Urteil auf und damit den Zwangsvergleich selbst als gerichtlichen Gestaltungsakt³⁸.

Für diese Auffassung ist charakteristisch, daß sie die gerichtliche Bestätigung als dasjenige Element ansieht, welches allein für die rechtliche Qualifikation des Zwangsvergleichs und den Eintritt seiner Wirkungen entscheidend ist, und sie gegenüber den Erklärungen der Beteiligten, dem Vergleichsvorschlag des Gemeinschuldners und den Zustimmungserklärungen der Gläubiger verselbständigt. Nach der Ansicht von Schultze und Pasquay ist der Zwangsvergleich kein Vertrag, mithin auch kein Vergleich, sondern ein richterliches Urteil, "welches den Konkursanspruch unter den in ihm

36b Vgl. unten Kapitel 3 I 2 b

37 Vgl. A.S. Schultze, 144 ff; ferner Wegan, 423 ff; Pasquay, ZHR Bd. 66, 67 ff; Eccius, I § 120.

38 Lent/Jauernig, § 58 VII.

selbst festgesetzten Modalitäten für erledigt anerkennt". Der Vergleichsvorschlag ist lediglich der auf dieses Urteil gerichtete Antrag. Die Willensäußerung der Mehrheit ist nicht "Vertragswille, sondern nur Erkenntnisquelle für den Richter", Material für die zur Erlassung der Entscheidung erforderliche *causae cognitio*³⁹. Als Begründung wird darauf hingewiesen, daß selbst die einstimmige Gläubigerannahme den Richter nicht zur Bestätigung des Zwangsvergleiches nötige. Die Bindung der Mehrheit beruhe nicht auf einem ihr abgenötigten oder ihr aufgedrängten oder bei ihr fingierten Vertragswillen, sondern auf der gerichtlichen Entscheidung. Dem fügen Eccius und Pollak hinzu, der Bestätigungsbeschluß verleihe dem Vergleich eine vom Antrag des Schuldners und der Zustimmung der Gläubiger unabhängige Wirksamkeit. Begründet wird dies mit dem Hinweis, daß die Behauptung, der Schuldner habe den Vorschlag in Wahrheit gar nicht gemacht oder die erforderliche Mehrheit der Gläubiger habe nicht für den Vorschlag gestimmt, nur durch Rechtsmittel gegen den Bestätigungsschluß geltend gemacht werden könne⁴⁰.

Innerhalb der Urteilstheorie differenzieren die Meinungen danach, ob in dem Bestätigungsbeschluß lediglich eine richterliche Feststellung zu sehen ist - so besonders Eccius - oder ein Gestaltungsakt - so die sogenannte Ersetzungstheorie⁴¹.

Im Zusammenhang der vorliegenden Arbeit ist interessant, daß in Praxis und Lehre verschiedener Auslandsstaaten die Urteilstheorie herrschend geworden ist, so z.B. in Österreich⁴². Entsprechendes gilt für die Schweiz nach der dort herrschenden Judikatur und Doktrin⁴³. Die Urteilstheorie

39 Jaeger/Weber, § 173, Rdnr. 6

40 Vgl. hierzu Jaeger/Weber, § 173, Rdnr. 6

41 Vgl. Bley, § 1 Rdnr. 2; Jaeger/Weber, § 173, Rdnr. 6

42 Vgl. OGH Wien vom 14.10.1930, JW, 1932, 2335 mit ablehnender Anmerkung Köbler.

43 BGE 107 III 109; 103 III 60; 85 I 190; 85 III 207 f.; 50 II 504; 42 III 455 ff.; 40 III 302 ff.; 38 II 721;

ist auch in der italienischen Doktrin herrschend ⁴⁴. Dem gegenüber hat sich die Urteilstheorie in der deutschen Rechtsprechung nicht durchgesetzt ⁴⁵.

2. Der Zwangsvergleich als privatrechtlicher Vertrag (Vertragstheorie)

Die Vertragstheorie wird - wohl zutreffend - als herrschende Lehre bezeichnet ⁴⁶. Das Reichsgericht hat sich im Urteil vom 15. November 1911 ⁴⁷ mit aller Entschiedenheit auf den Boden der Vertragstheorie gestellt und in der Folgezeit an ihr festgehalten ⁴⁸. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist, soweit ersichtlich, davon nicht abgerückt ⁴⁹. Die Vertreter der Vertragstheorie sehen die Grundlage ihrer Meinung im Gesetzestext und den zugehörigen Motiven. Danach steht außer Streit, daß die Motive ⁵⁰ von der Vertragstheorie ausgehen, bei den Beratungen über die Entwürfe keine andere Ansicht laut geworden und auf sie die Fassung des Gesetzes zugeschnitten ist ⁵¹. Bley/Mohrbutter ⁵² gehen

Blumenstein, S. 896 f.; Fritsche, S. 305; Amonn, S. 432; Staehelin, 46 (1982), S. 204.

44 Candian, 281.

45 RGZ 77, 403, 404; RGZ 119, 391, 395; RGZ 125, 108, 110; RGZ 127, 375; RGZ 152, 67; Bley, § 8 Rdnr. 1; Kilger, KO, § 173, Rdnr. 1; Jaeger/Weber, § 173, Rdnr. 8 ff; Schönke/Baur, § 68 I. 2.; Hess/Kropshofer, § 173, Rdnr. 10.

46 Vgl. dazu Jaeger/Weber, § 173, Rdnr. 8; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, § 173, Rdnr. 1 (davon abweichend Kuhn/Uhlenbruck, § 173, Rdnr. 1 b); Böhle-Stamschräder/Kilger, § 173, Rdnr. 1; Hess/Kropshofer, § 173, Rdnr. 10; Jauernig, § 58 VIII; Schönke/Baur, § 68 I 2; Bley, § 8, Rdnr. 2;

47 RGZ 77, 404 ff.

48 RGZ 92, 187; RGZ 119, 395; RGZ 122, 363; RGZ 125, 410; RGZ 127, 375; RGZ 152, 67.

49 BGHZ 16, 390

50 Motive II, S. 390, 396

51 Jaeger/Weber, § 173, Rdnr. 9

von dem ähnlich formulierten § 74 Vergleichsordnung aus und folgern daraus:

"Wie die Dinge in Wirklichkeit liegen, wird sofort klar, wenn wir Vertrag im Sinne von rechtsgeschäftlichem Akt und Vertrag als durch Willenseinigung zustande gekommenes Rechtsverhältnis unterscheiden. Abgeschlossen zu werden braucht der Vergleich nur mit den gesetzlich erforderlichen Mehrheiten; in das Vertragsverhältnis einbezogen sind aber kraft Gesetzes - darin und insoweit besteht der Zwang - und ohne daß es dazu noch der Fiktion eines Gesamtwillens bedürfte, auch die nicht am Abschluß beteiligte Minderheit sowie die in § 83 VerglO bezeichneten Forderungen."

So ist auch der den Ausgangspunkt der Beurteilung bildende § 173 KO zu lesen, wonach "auf Vorschlag des Gemeinschuldners zwischen diesem und den nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern ein Zwangsvergleich geschlossen werden kann". Abgeschlossen wird ein Vergleich (nicht Zwangsvergleich) mit der gesetzlich erforderlichen Mehrheit; der abgeschlossene Vergleich wirkt aber kraft Gesetzes (als Zwangsvergleich) auch gegenüber den übrigen Gläubigern, die auf diese Weise ebenfalls Partner des auf dem Vertragsabschluß der Mehrheit ruhenden Vertragsverhältnisses werden. Auch die weiteren Regelungen der Konkursordnung gehen in ihrer Terminologie vom Vertrag aus: Der geschlossene "Zwangsvergleich" oder schlicht "Vergleich", der zwischen dem Gemeinschuldner und den nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern "geschlossen wird", wird "angenommen" oder "abgelehnt" durch die Gläubiger (§§ 176, 177, 182, 184 KO, vgl. 146 BGB) und nur "bestätigt" durch das Gericht (§ 184); der "vergleichsmäßige Erlaß" ist wegen Betrugs "anfechtbar" (§ 196).

Nach Bley/Mohrbutter⁵³ kann die Vertragsnatur des Zwangsvergleiches nicht deshalb geleugnet werden, weil ein Ver-

52 Bley, § 8, Rdnr. 2.

53 Bley, § 8, Rdnr. 2.

trag, wenn auf der einen oder anderen Seite eine Mehrheit von Partnern steht, das Einverständnis aller, nicht bloß einer Mehrheit von ihnen erfordere. Zwar wird eingeräumt, daß beim Zwangsvergleich lediglich ein Vertrag zwischen dem Schuldner und seinen Gläubigern, nicht eine der Zahl der Gläubiger entsprechende Vielheit von Verträgen geschlossen wird. Es ist jedoch die Frage der positiven Regelung, ob zur Einbeziehung einer Vielheit als Partner in das Vertragsverhältnis eine Willenserklärung aller erforderlich ist. In das bestehende Vertragsverhältnis wird beim Zwangsvergleich kraft Gesetzes die dem Vergleich nicht zustimmende Minderheit zwangsweise einbezogen⁵⁴ (§ 193 KO).

Die richterliche Mitwirkung (Bestätigung gem. § 184 ff KO) stellt weder der Form noch der Sache nach ein Urteil über einen prozessualen Anspruch oder eine Rechtsbehauptung dar. Sie ist - wie das Gesetz durch seinen Wortlaut zum Ausdruck bringt - die Bestätigung eines vom Gemeinschuldner vorgeschlagenen und von der Gläubigermehrheit angenommenen Vergleichs. Als solche enthält sie nicht nur die Beurkundung eines Rechtsgeschäftes, sondern die Entscheidung, die den Eintritt der Wirksamkeit des Vertrags bedingt und insoweit rechtsgestaltende Kraft hat. Ihrem Begriffe nach gehört diese Entscheidung als staatliche Fürsorgetätigkeit wie die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung (vgl. § 1822 Nr. 12 BGB) oder die Bestätigung eines Kindesannahmevertrages (§§ 1741 Satz 2, 1754 I Satz 1 BGB) der freiwilligen Gerichtsbarkeit an; denn ihr Zweck ist Schutz der Beteiligten, namentlich der Minderheit, Verhütung von Mißbrauch und Übervorteilung. Keinen Einfluß auf die Rechtsnatur hat es, daß die Bestätigung in die Formen des Zivilprozesses gekleidet ist. Der Richter muß prüfen, ob der Vergleich in einer dem Gesetz entsprechenden Weise zustande gekommen ist. Bejaht er die Frage, so muß er das Übereinkommen bestätigen. Nicht der Richterspruch, sondern der Parteiwille bestimmt somit den Inhalt und damit sogleich das Wesen des Zwangsvergleichs.

Nirgends wird dem Richter die Macht verliehen, Forderungen urteilsmäßig anzuerkennen oder inhaltlich zu ändern. Die Bestätigung selbst ist weder der inneren Rechtskraft noch der Vollstreckbarkeit zugänglich. Nur die anderweitig "festgestellten" Forderungen sind in den Grenzen des bestätigten Zwangsvergleichs gegen den Schuldner und etwaige Vergleichsbürgen vollstreckbar (§ 194). Die Vollstreckbarkeit aber ist mit der rechtsgeschäftlichen Natur des Vergleichs durchaus verträglich (§ 794 I Nr. 1, Nr. 5 ZPO).

Der angebotene und angenommene Zwangsvergleich betrifft nicht nur einen besonderen Abschluß des Konkursverfahrens, sondern bestimmt die an die Stelle der Konkursverteilung tretende Art der Befriedigung der beteiligten Gläubiger, bezieht sich also auf den materiellen Bestand der einzelnen Forderungen. Aus dieser besonderen Lage heraus ist die Regelung über den Abschluß des Zwangsvergleichs dahin zu verstehen, daß kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung zum Zustandekommen eines sämtliche nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger als Partner einbeziehenden Rechtsverhältnisses ausnahmsweise der Abschluß des Vertrages schon durch einen bestimmten Teil dieser Partner genügt. Dies ist mit der Vertragsnatur des so zustande gekommenen Rechtsverhältnisses durchaus vereinbar, steht auch einer Erfassung eines Rechtsverhältnisses als einheitlichen Vertrages nicht im Wege⁵⁵.

Die Möglichkeit der privaten "Anfechtung des vergleichsmäßigen Erlasses wegen Betrugs" (§ 196) spricht ebenfalls eindeutig für den rechtsgeschäftlichen Charakter des Zwangsvergleichs.

Die Vertreter der Vertragstheorie stehen - trotz der Besonderheiten des Zustandekommens und der Wirkungen des Zwangsvergleichs - auf dem Standpunkt, daß der Zwangsvergleich seinem Inhalt nach einen Tatbestand des bürgerlichen Rechts darstellt. Lediglich die Form des Zustandekommens des

⁵⁵ Jäger/Weber, § 173, Rdnr. 12, vgl. insbesondere Bley, § 8, Rdnr. 2 und 3.

Zwangsvergleichs unterliegt den Vorschriften des Verfahrens
56.

Vertreter der Vertragstheorie⁵⁷ gehen davon aus, daß ähnlich dem Prozeßvergleich⁵⁸ auch der Zwangsvergleich eine Doppelnatur aufweist. Das resultiere aus der gleichzeitigen Eigenschaft der abgegebenen Erklärungen als Willenserklärung und Prozeßhandlung⁵⁹.

Das gegenseitige Nachgeben im Sinne des Vergleiches gem. § 779 BGB wird darin gesehen, daß der Gläubiger in die Stundung und/oder den Forderungsnachlaß einwilligt. Das Nachgeben des Schuldners besteht darin, daß er verspricht, seine Gläubiger gemeinsam und gleichmäßig zu befriedigen
60.

3. Der Zwangsvergleich als Mischgebilde (Vermittelnde Theorien)

Den verschiedenen vermittelnden Theorien ist gemeinsam, daß sie von einer uneinheitlichen Rechtsnatur des Zwangsvergleiches ausgehen. Dabei werden als wesentliche Elemente teilweise das gerichtliche Verfahren, teilweise die gerichtliche Entscheidung und teilweise die gesetzliche Sonderregelung in den Vordergrund gestellt.

So ist Loehr⁶¹ der Ansicht, die Vertragstheorie treffe nur für die Bindung der zustimmenden Gläubigermehrheit zu; die Minderheit werde nicht durch Rechtsgeschäft, sie werde aber auch nicht durch Richterspruch unterworfen. Vielmehr sei

56 Jäger/Weber, § 173, Rdnr. 13.

57 Bley, § 8, Rdnr. 5, Hess/Kropshofer, Rdnr. 16.

58 Zum Doppelcharakter des Prozeßvergleiches vgl. BGHZ 41, 310.

59 Ebenso Kilger, § 173, Rdnr. 1, Baumgärtel ZZP 87, 133, BGHZ 16, 390.

60 Berges KTS 1964, 130, Bley, § 8, Rdnr. 5.

61 Loehr, ZZP 16, 335 ff.

insoweit der Zwangsvergleich ein Tatbestand mit besonderen gesetzlichen Folgen. Auch Fitting⁶² lehrt, der Zwangsvergleich enthalte zwei wesensverschiedene Bestandteile: Er sei prozeßrechtlicher Vertrag, soweit er die Konkurserledigung anstrebe, staatlicher Machtspruch, soweit er die Gläubigerrechte neu gestalte. Oetker⁶³ sieht Vergleichsvorschlag und Zustimmung der Gläubigermehrheit als übereinstimmende Willenserklärung, die aber nicht einen Vertrag, sondern als einen noch der Genehmigung bedürftigen Verwaltungsakt darstellen. Nach Kisch⁶⁴ gilt die "Theorie des zusammengesetzten Aktes". Danach ist der Zwangsvergleich ein "konkursrechtlicher" (also prozessualer, nicht privatrechtlicher) Tatbestand, der zwar eine Einheit bildet, sich aber aus drei, wenn auch gleichwertigen, so doch ihrer Natur nach verschiedenen Elementen zusammensetzt, nämlich dem Einverständnis des Gemeinschuldners (sogenannter Vorschlag), dem Beschluß einer Gläubigermehrheit (sogenannte Annahme), der Zustimmung des Gerichtes (sogenannte Bestätigung)⁶⁵.

Krusch⁶⁶ bekennt sich zwar zur Vertragstheorie, hält jedoch die Einigung, weil Vorschlag und Annahme sich in prozessualen Formen vollziehen, für einen öffentlich-rechtlichen Akt und gerät dadurch ins Fahrwasser der Urteiltstheorie, wenn er davon ausgeht, das Konkursgericht habe über die Neugestaltung der Gläubigerrechte in einer der inneren Rechtskraft zugänglichen Entscheidung zu erkennen. Bötticher⁶⁷ zählt den Zwangsvergleichs zur Vertragshilfe, wobei er diese "schon durch den gesetzlichen Beitrag des Mehrheitszwangs" als geleistet ansieht und hervorhebt, daß

62 Fitting, § 45

63 Oetker, Grundbegriffe I, S. 223; ZJP 45, 512 f;
ZHR 66, 194 ff.; 78, 553 ff.

64 Kisch, § 54 III.

65 Ähnlich de Boor/Erkel, § 39 VII 3.

66 Krusch, § 15.

67 Bötticher, ZJP 86, 373, 387 ff.

das Konkursgericht für das Zustandekommen des Zwangsvergleichs in erster Linie eine Kontrollfunktion ausübt, somit von einer richterlichen Vertragshilfe ausgeht.

Bezüglich der umfassenden Darstellung dieser vermittelnden Theorien, ist auf die Ausführungen bei Kuhn/Uhlenbruck⁶⁸ zu verweisen. Dort wird der Zwangsvergleich als Rechtsgestalt eigener Art angesehen. "So, wie es Verträge eigener Art gibt, die nicht unter den vom bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Vertragstyp gebracht werden können, ist auch der Zwangsvergleich ein Rechtsinstitut eigener Art. Jede andere Beurteilung tut den Dingen Gewalt an und ist genötigt, eine Erklärung dafür zu geben, warum Mängel beim Zustandekommen des Zwangsvergleichs durch dessen Bestätigung geheilt werden können. Es kann sich nur darum handeln, nach welchen Grundsätzen die einzelnen Vorgänge beim Zustandekommen des Zwangsvergleichs zu beurteilen sind.

- a) Seinem Inhalt nach ist der Zwangsvergleich ein Tatbestand des bürgerlichen Rechts.
- b) Sein Zustandekommen vollzieht sich nach verfahrensrechtlichen Grundsätzen.
- c) Die Geltendmachung von Willensmängeln richtet sich nach § 196, und zwar reduziert auf die Anordnung in der Sondervorschrift".

4. Vorzug der Vertragstheorie

a) Nähere Untersuchung der Vertragstheorie

Aus der Sicht der Vertragstheorie ist das wesentliche Element des Zwangsvergleiches der zivilrechtliche Vertrag (Vergleich) zwischen dem Gemeinschulder und den nicht bevorrechtigten, zustimmenden Gläubigern.

68 Kuhn/Uhlenbruck, § 173, Rdnr. 1 c, d u. e.

Das Angebot zum Abschluß des Vertrages besteht in dem Vergleichsvorschlag. Die Annahme des Vorschlages erfolgt im Vergleichstermin durch die Gläubiger. Der Vertrag wird somit zwischen dem Gemeinschuldner und den zustimmenden - nicht bevorrechtigten - Gläubigern geschlossen, soweit die gesetzlichen Mehrheiten erreicht sind (§§ 173, 174, 182 KO). Dahin gehen in aller Regel die Willenserklärungen der zustimmenden Gläubiger, es sei denn, daß etwas anderes deutlich zum Ausdruck kommt. So ist auch ein wirksamer Vertrag - Vergleich - denkbar, wenn das gesetzliche Quorum nicht erreicht ist. Um diesen Willen der vertragsschließenden konstatieren zu können, bedarf es jedoch einer eindeutigen und ausdrücklichen Willenserklärung ⁶⁹.

Der so abgeschlossene Vertrag steht nach dem Willen der Vertragsparteien unter der aufschiebenden Bedingung der gerichtlichen Bestätigung (§ 184 KO). Auch hierfür gilt die oben genannte Ausnahme, wenn ein abweichender Wille ausdrücklich und zweifelsfrei feststellbar ist.

Die gerichtliche Bestätigung hat somit zwei Wirkungen:

- Herbeiführung des Bedingungseintrittes des zivilrechtlichen Vertrages.
- Hoheitliche Billigung des zivilrechtlichen Rechtsgeschäftes als den Regelungen der Konkursordnung entsprechend und damit geeignet, die Voraussetzungen für die Beendigung des Konkursverfahrens zu schaffen.

Daraus folgt, daß die gerichtliche Bestätigung den zivilrechtlichen Kern des Vergleichsvertrages nicht verändert. Gerichtliche Bestätigung ist auch nicht das entscheidende Element des Zwangsvergleiches; denn durch sie werden weder materielle Regelungen getrof-

69 Vgl. Bley, § 8, Rdnr. 12.

fen, noch wird das Verfahren selbst durch die Bestätigung beendet. Es bedarf danach noch der Erledigung der in § 191 KO geregelten Aufgaben und eines Schlußtermines mit Legung der Schlußrechnung gem. § 162 KO 70.

Die unmittelbare Wirkung der gerichtlichen Bestätigung liegt allein - im Bereich des Verfahrensrechtes - in der sich auf der Grundlage des zivilrechtlichen Rechtsgeschäftes entfaltenden Allgemeinverbindlichkeit für alle nicht bevorrechtigten Gläubiger. Kraft deutschen Vollstreckungsrechtes werden die nicht zustimmenden und nicht beteiligten Gläubiger den Regelungen des zivilrechtlichen Vertrages unterworfen. Für diese Zwangsbeteiligten beruht - soweit keine zivilrechtliche Einbeziehung in das Vertragsverhältnis darstellbar ist - ihre Teilnahme am Zwangsvergleich ausschließlich auf der gesetzlichen Anordnung der Konkursordnung. Für alle Beteiligten, d.h. auch für die zustimmenden Gläubiger, trifft die Konkursordnung weitergehende Regeln für die Behandlung des zivilrechtlichen Kernes in den §§ 193 ff KO bezüglich der Anfechtung usw. Für den Preis der Allgemeinverbindlichkeit verlieren die Vertragspartner einige ihnen nach den Regeln des Zivilrechtes zustehenden Rechte, insbesondere Anfechtungsrechte gem. §§ 119, 123, 125 BGB. Wodurch dem Zwangsvergleich in Anbetracht seiner Allgemeinverbindlichkeit eine erhöhte Beständigkeit gegen individuelle peremptorische Einwendungen gegeben wird.

Ob aufgrund der Wirkungen der Willenserklärungen, die zum zivilrechtlichen Vergleichsvertrag führen - die nicht nur auf den zivilrechtlichen Bereich beschränkt bleiben, sondern auch im Rahmen des kollektiven Vollstreckungsverfahrens prozessuale Auswirkungen haben - auf eine "Doppelnatur" des Zwangsvergleiches zu schließen ist, kann dahinstehen. Jedenfalls ist allein

70 Vgl. Jaeger/Weber, § 190, Rdnr. 2, 3.

durch die Prägung eines Schlagwortes nichts gewonnen.
Das Wesentliche ist vielmehr folgendes:

- Der Zwangsvergleich hat eine zivilrechtliche Grundnatur, an die unter gewissen Voraussetzungen verfahrensrechtliche Folgen anknüpfen, die auch zum Teil die anzuwendenden rein zivilrechtlichen Vorschriften überlagern, jedoch nur insoweit, als dies in Anbetracht der Allgemeinverbindlichkeit des Zwangsvergleiches erforderlich ist bzw. dem damaligen Gesetzgeber erforderlich erschien.

b) Begründung der Vorzugswürdigkeit der Vertragstheorie

Die grundsätzliche Beurteilung des Zwangsvergleiches als eines zivilrechtlicher Vertrages entspricht nicht nur dem Wortlaut und den Motiven des Gesetzes⁷¹, sondern würdigt den tatsächlichen Vorgang, wie er sich in der Praxis in aller Regel bei dem Abschluß eines Zwangsvergleiches abspielt.

Wie ein Vertrag wird der Zwangsvergleich zwischen dem Gemeinschuldner, dem Konkursverwalter, dem Gläubigerausschuß und den wichtigsten Gläubigern ausgehandelt. In aller Regel erfolgt der Zwangsvergleichsvorschlag (§§ 173, 174 KO) nicht aus heiterem Himmel, sondern wird sorgfältig mit den vorgenannten Beteiligten diskutiert und abgestimmt.

Der Gemeinschuldner, dem in diesem Falle das Initiativrecht zusteht, hat zunächst zu überlegen, welche Form des Vergleiches den tatsächlichen Verhältnissen angemessen ist. Der reine Stundungsvergleich wird in aller Regel die Probleme nicht zu bewältigen vermögen. Meist wird ein Quotenvergleich verbunden mit einer Stundungsvereinbarung oder ein Liquidationsvergleich die sachgerechte Problemlösung darstellen. Sodann muß der Gemeinschuldner feststellen, unter welchen Voraus-

71 Vgl. Fußnoten 50, 51 und 52.

setzungen, insbesondere bei welcher Mindestquote bzw. aufgrund welcher zusätzlichen Sicherheiten oder Leistungen seitens Dritter die maßgeblichen Gläubiger die Zustimmung zum Zwangsvergleichsvorschlag in Aussicht zu stellen bereit sind. In diese Diskussion wird zweckmäßigerweise der Konkursverwalter und - soweit Bereitschaft besteht - auch das Konkursgericht einzubinden sein ⁷². Den Vertragsparteien wird für die Bestimmung des Vergleichsvorschlages bzw. des Inhaltes des Zwangsvergleiches weitestgehend Handlungsspielraum eingeräumt. Lediglich § 174 KO bestimmt in sehr geringem Maße die Mindestanforderungen für den Inhalt des Vergleichsvorschlages. Danach muß der Vergleichsvorschlag angeben, in welcher Weise die Befriedigung der Gläubiger erfolgen, sowie ob und in welcher Weise eine Sicherstellung derselben bewirkt werden soll. Damit sollen Bestimmtheit und Erfüllbarkeit des Zwangsvergleiches gesichert werden. Eine Mindestquote ist für den Zwangsvergleich nicht Voraussetzung, wie sich aus einem Umkehrschluß aus den Regelungen des § 187 KO ergibt. Verhandlungs- und Dispositionsfreiheit der Vertragspartner sind damit kaum Grenzen gesetzt ⁷³. Auch ein bedingter Vergleichsvorschlag wird als zulässig angesehen ⁷⁴. Ebenfalls zulässig ist die Aufnahme einer Besserungsklausel oder eines Besserungsscheins in die Vergleichsregelung ⁷⁵. Das Konkursgericht ist nicht befugt, das Angebot - den Vergleichsvorschlag - abzuändern oder von diesem Angebot abzuweichen. Im Rahmen des § 184 KO hat das Konkursgericht lediglich zu prüfen, ob der Vergleich in einer dem Gesetz ent-

72 Dies ist insbesondere in Anbetracht der Regelungen in den §§ 176, 177, 178, 179 KO zweckmäßig.

73 Bley, § 8, Rdnr. 9, unter Hinweis auf Begründung I S. 19, danach soll der Vergleich jeden Inhalt haben können, der mit § 779 BGB vereinbar ist.

74 Hess/Kropshofer, § 174, Rdnr. 7; Kilger, § 174, Rdnr. 2, unter Bezugnahme auf RGZ 56, 72.

75 Hess/Kropshofer, § 174, Rdnr. 7, unter Bezugnahme auf Jaeger/Weber, § 174, Rdnr. 3.

sprechenden Weise zustande gekommen ist. Bejaht es die Frage, so muß es das Übereinkommen bestätigen⁷⁶. Dem Gericht kommt somit lediglich die Befugnis zur Mißbrauchskontrolle zu. Es hat lediglich zu prüfen, ob aufgrund der - grundsätzlich gleichgerichteten - Anträge der Vertragsparteien der Vergleichsvertrag in einer der Konkursordnung entsprechenden Form zustande gekommen ist. Das Gericht trifft keine "Entscheidung" in dem Zwischenraum, der zwischen zwei wiederstreitenden Anträgen besteht, sondern bestätigt die Zulässigkeit der zwischen den Parteien aufgrund sich deckender Willenserklärungen zustande gekommenen Vereinbarung. In Anbetracht dieser Erwägungen kann von einem Urteil des Gerichtes nicht die Rede sein. Der Zwangsvergleich wird auch nicht geprägt durch die gerichtliche Bestätigung, sondern erhält seinen Grundcharakter aus den zwischen den Vertragsparteien begründeten - und meist ausgehandelten - Vertragsbeziehungen.

Für die Erhebung des Vertragsaktes zur Allgemeinverbindlichkeit - kraft Gesetzes - ist natürlich die gerichtliche Bestätigung von großer Bedeutung. Da die Allgemeinverbindlichkeit in aller Regel von den Vertragsschließenden (den zustimmenden Gläubigern) gewollt ist, steht der zivilrechtliche Vergleich unter der aufschiebenden Bedingung der gerichtlichen Bestätigung gemäß § 184 KO. Dadurch wird jedoch der vertragliche Grundcharakter nicht beseitigt, sondern eher bestätigt⁷⁷.

76 Jaeger/Weber, § 173, Rdnr. 10; Bley, § 8, Rdnr. 2.

77 Teilweise ist diese Allgemeinverbindlichkeit vergleichbar mit der des Tarifvertragsrechtes gem. §§ 1, 2, 3 und 5 Tarifvertragsgesetz (TVG). Die zwischen den Vertragsparteien getroffene Vereinbarung wird auch dort aufgrund gesetzlicher Ermächtigung und Billigung des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung für alle Betroffenen allgemeinverbindlich, unabhängig davon, ob sie den vertragsschließenden Verbänden angehören oder nicht. Allerdings wird nicht jede der zwischen den Tarifvertragsparteien getroffene tarifvertragliche Regelung allgemeinverbindlich, sondern nur diejenigen, die als für die Betroffenen besonders bedeutsam ausgewählt

5. Grundsätze der inhaltlichen Beurteilung des Zwangsvergleiches auf der Grundlage der Vertragstheorie

Für die Bestimmung des Inhaltes des Zwangsvergleiches im einzelnen sind in erster Linie die in ihm getroffenen Vereinbarungen - nach ihrem Wortlaut - maßgebend, wie sie sich aus dem Protokoll über den Vergleichstermin und, wenn dieses die Vergleichsbedingungen nicht vollständig enthält, aus den im Protokoll herangezogenen Schriftstücken ergeben. Die Tragweite der Vereinbarungen - die Wirkung über den Wortlaut hinaus - ist durch Auslegung nach den Grundsätzen der §§ 157, 133, 242 BGB zu ermitteln ⁷⁸

Wie allgemein für Urkunden, gilt auch für den Zwangsvergleich die beweisrechtliche Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit des Urkundeninhaltes. Das Reichsgericht hat diesen Grundsatz in seiner Entscheidung vom 15. November 1911 deutlich zum Ausdruck gebracht. Die Niederschrift aus dem Vergleichsprotokoll hat die Vermutung für sich, daß sie den endgültigen Inhalt der getroffenen Vereinbarung vollständig wiedergibt, ein stillschweigender Rechtsvorbehalt eines Beteiligten somit entsprechend § 116 Abs. 1 BGB unbeachtlich bleibt ⁷⁹.

Im übrigen gelten für den Zwangsvergleich die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften, vor allem kommen diejenigen des allgemeinen Schuldrechts über Leistungsinhalt, Leistungsmodalitäten und Leistungsstörungen (§§ 241 ff, §§ 246 ff, §§ 275 ff BGB) zur Anwendung.

Zusammenfassend ist festzuhalten: In materieller Hinsicht kommen die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts über Willenserklärungen und Rechtsgeschäft zur Anwendung, soweit nicht in Anbetracht der Allgemeinverbindlichkeit Sonderregelungen der Konkursordnung vorgreifen.

werden.

78 Jaeger/Weber, Rdnr. 14; Kuhn/Uhlenbruck, § 173, Rdnr. 3.

79 RGZ 77, 405.

Auch im Rahmen der Vertragstheorie ist ohne weiteres anzuerkennen, daß diese Willenserklärungen - insbesondere der Zwangsvergleichsvorschlag - der Form nach verfahrensrechtliche Funktion haben, darauf gerichtet, das kollektive Vollstreckungsverfahren Konkurs zum Abschluß zu bringen.

VII. Lösung des Grundfalles, Varianten 1 - 3, soweit vertragliche Ansprüche in Betracht kommen

Zurückkehrend zu dem Grundfall führen die obenstehenden Untersuchungen zu folgendem Ergebnis:

Bei dem Zwangsvergleich handelt es sich in seinem Wesen um einen zivilrechtlichen Vertrag. Nach dem regelmäßigen Inhalt des Zwangsvergleiches ist vertraglich der teilweise Erlaß der Forderungen der Konkursgläubiger vereinbart. Der Erlaßvertrag, insbesondere seine Wirkung, regelt sich nach § 397 BGB. Nach § 397 Abs. 1 BGB erlischt das Schuldverhältnis, wenn der Gläubiger dem Schuldner durch Vertrag die Schuld erläßt. Soweit ersichtlich, herrscht in Literatur und Rechtsprechung Einstimmigkeit darüber, daß durch den vertraglich vereinbarten Erlaß die betroffene Forderung (soweit die Forderung als Ganzes oder ein Teil der Forderungen erlassen werden sollte) vollständig untergeht, ohne daß ein Rest an Verpflichtung, wie z.B. eine Naturalobligation für den Schuldner zurückbleibt⁸⁰. Der Erlaß kann auch auf einen Teil der Forderung beschränkt sein, mit der obengenannten Wirkung für diesen erlassenen Teil der Forderung⁸¹.

Für die Fallvariationen 1. bis 3. des Grundfalles wären damit in Abweichung zu der oben dargelegten herrschenden Lehre und Rechtsprechung alle Voraussetzungen für einen Rückzahlungsanspruch gegeben; denn die Konkursforderung des G1 (Kaufpreisforderung) wäre dann, mit Ausnahme der zugesagten Vergleichsquote, vollständig erloschen. Etwas

80 Palandt/Heinrichs, § 397, Rdnr. 1; RGRK/Weber, § 397, Rdnr. 30; Hess/Kropshofer, § 193, Rdnr. 14.

81 RGRK/Weber, § 397, Rdnr. 30.

Gegenteiliges könnte sich aus der Regelung des § 193 Satz 2 KO ergeben. Denn auf diese Vorschrift stützen Lehre und Rechtsprechung - auch für die ungesicherte Forderung - ihr Argument, trotz Abschluß eines Zwangsvergleiches bleibe auch für den erlassenen Teil der Forderung eine Naturalobligation zurück. Stellt man zunächst das gegen den Rückzahlungsanspruch wirkende Argument der "Naturalobligation" zurück - dieses Thema wird im nächsten Abschnitt erörtert - so führt das bisher gefundene Ergebnis zu folgenden Fallösungen:

Der **G1** hatte in der 1. Fallvariante nach Auszahlung der auf seine Kaufpreisforderung entfallende Quote von 300.000,-- DM und nach Aufhebung des Konkursverfahrens ein Versäumnisurteil erwirkt und den **Sch** durch die drohende Zwangsvollstreckung zur Zahlung von weiteren 200.000,-- DM veranlaßt.

Es könnten vertragliche Rückzahlungsansprüche des **Sch** gegen **G1** bestehen.

Der am 01.07.1984 geschlossene und am 15.07.1984 bestätigte Zwangsvergleich enthält einen Erlaßvertrag, wonach der **G1** auf den Teil seiner Forderungen verzichtet hat, die den Betrag von 300.000,-- DM übersteigen. Darüber hinaus enthält der Zwangsvergleich eine Vereinbarung über die Stundung der zu zahlenden Quote in Höhe von 300.000,-- DM. Es ist somit eine Vereinbarung über Höhe und Zeitpunkt der Befriedigung des **G1** getroffen worden.

Der Erlaßvertrag enthält nicht nur die dingliche Verfügung über die Forderung, sondern auch die schuldrechtliche causa für deren dingliches Erlöschen. Der schuldrechtliche Teil des Erlaßvertrages liegt hier in der Form des Vergleiches (§ 779 BGB) vor, aus dem sich besonders deutlich die mit der Verfügung verbundenen schuldrechtlichen Vertragspflichten ergeben.

Bereits mit der Betreibung eines gerichtlichen Verfahrens zur Durchsetzung der (erlassenen) Restkaufpreisforderung verstößt der **G1** gegen die vertraglichen (schuldrechtlichen) Vereinbarungen des Zwangsvergleiches. Der Zwangsvergleich regelt vertraglich im kollektiven Vollstreckungsverfahren "Konkurs" die Befriedigung der Gemeinschaft der Gläubiger. Der Versuch, den erlassenen Teil der Forderung außerhalb des Konkurs- bzw. Zwangsvergleichsverfahrens durchzusetzen, stellt eine Vertragspflichtsverletzung des **G1** dar. Das gilt erst recht für die Einleitung der Einzelzwangsvollstreckung gegen **Sch**.

Der Vertragsverstoß des **G1** ist vorsätzlich oder zumindest fahrlässig begangen. Die schuldhaftige Vertragspflichtverletzung war ursächlich für den Erhalt der 200.000,-- DM. Dem **Sch** ist dadurch ein Schaden entstanden, da er trotz Schmälderung der Masse bzw. seines Neuvermögens von den übrigen Gläubiger auf die volle Zahlung der Vergleichsquote in Anspruch genommen wird.

Dem **Sch** steht somit gegen den **G1** ein Rückzahlungsanspruch aus positiver Vertragsverletzung in Höhe von 200.000,-- DM zu. Da zwischenzeitlich das Konkursverfahren aufgehoben wurde, ist der **Sch** zur Geltendmachung des Anspruches aktiv legitimiert: Die Zahlung hat an ihn als wieder verfügbungsberechtigten Gemeinschuldner zu erfolgen ⁸².

Dasselbe Ergebnis gilt für die Variante 2, dort hat der **G1** die 200.000,-- DM durch die Vollstreckung erlangt. Mit der Erteilung des Vollstreckungsauftrages verstößt der **G1** gegen die schuldrechtlichen Vertragspflichten des Zwangsvergleiches, wodurch der auf positive Vertragsverletzung gestützte Rückzahlungsanspruch gegeben ist.

Bei der 3. Variante, bei der von dem **G1** eine versehentliche Überzahlung des **Sch** (auf eine andere Forderung) auf

82 Der **Sch** müßte sich allerdings unter gewissen Umständen ein Mitverschulden anrechnen lassen; Diese Frage ist jedoch anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu prüfen.

den erlassenen Teil der Konkursforderung angerechnet wird, könnte die Übertragung der Ergebnisse von Variante 1 und 2 zweifelhaft sein. Hier hat der **G1** sich nicht aktiv, unter Verletzung der Vertragspflichten, die 200.000,-- DM verschafft, sondern er verweigert lediglich deren Herausgabe. Ob schon in diesem Unterlassen oder in der Berufung auf die erlassene Teilforderung eine positive Vertragsverletzung mit Schadensersatzfolge zu sehen ist, erscheint zweifelhaft. In diesem Falle bietet sich eher eine bereicherungsrechtliche Anspruchsgrundlage an.

Es könnten vertragliche Ansprüche der **E** gegen **G1** bestehen.

Ansprüche der **E** gegen **G1** könnten sich bei folgender Sachverhaltskonstellation ergeben: Die **E** werden als Zwangsvergleichsbürgen von anderen Gläubigern in Höhe von 200.000,-- DM in Anspruch genommen, weil der **Sch** aufgrund der Sonderbefriedigung des **G1** in Höhe dieses Betrages zur Befriedigung der übrigen Gläubiger entsprechend den Verpflichtungen des Zwangsvergleiches nicht mehr in der Lage war.

Direkte Ansprüche der **E** gegen **G1** könnten sich aus vertraglichen Beziehungen ergeben. Ein solcher Anspruch wegen Vertragspflichtverletzung bestünde dann, wenn die **E** sich direkt am Abschluß des Zwangsvergleichsvertrages beteiligt haben. Eine unmittelbare vertragliche Einbeziehung der Bürgen in den Vergleich ist vertretbar aber keineswegs zwingend, wenn sich die Bürgen unmittelbar gegenüber den übrigen Konkursgläubigern verpflichten. In diesem Falle müssen den **E** Ansprüche gegen **G1** wegen Vertragspflichtverletzung zustehen, und zwar in entsprechendem Umfang wie dem **Sch**.

Allerdings ist zu bedenken, ob die **E** nicht lediglich aufgrund ihres Deckungsverhältnisses zu **Sch** ihre Bürgschaftserklärung gegenüber den Konkursgläubigern abgegeben haben. In einem solchen Falle würde ein unmittelbares Vertragsverhältnis der **E** im Rahmen des Zwangsvergleichsvertrages

nicht bejaht werden können. Der Zwangsvergleichsvertrag könnte dann als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter - nämlich der Bürgen E - angesehen werden. Der Vergleichsvertrag regelt die Schuldenbereinigung durch Teilerlaß und Stundung der Restforderung. Zur Absicherung der Zahlung der Restforderung stellt der **Sch** die Bürgen E. Diese haben für die rechtzeitige Zahlung der Vergleichsquote allen Vergleichsgläubigern gegenüber einzustehen. Das jedoch nur auf der Grundlage des unbeeinträchtigten Bestandes der Vermögensmasse des **Sch** (ehemalige Konkursmasse). Der im Vergleich enthaltene Forderungserlaß hat insoweit zumindest auch die Wirkung, in Anbetracht der Verpflichtung der Bürgen E eine Sonderbefriedigung einzelner Gläubiger zu verhindern. Erlangt **G1** auf vertragswidrige Weise eine Sonderbefriedigung und werden die Bürgen E nur deshalb von anderen Gläubigern in Anspruch genommen, weil dadurch eine Verminderung der Masse eingetreten ist, so ist der Vergleichsvertrag mit seiner Schutzwirkung auch auf die Bürgen E. zu erstrecken. Die aus dem Vergleich fließenden vertraglichen Sorgfaltspflichten wirken auch zugunsten des überschaubaren, eng begrenzten Kreises der Vertragsbürgen, denen bei Vertragspflichtverletzungen durch **G1** ein unmittelbarer Anspruch gegen diesen zugebilligt werden kann. Somit sind die übrigen Voraussetzungen für die Annahme des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gegeben.

Es konnten Ansprüche der übrigen Konkursgläubiger gegen **G1** bestehen.

Nach den obenstehenden Ausführungen ist den übrigen Konkursgläubigern dem Grunde nach ohne weiteres ein vertraglicher Anspruch zuzubilligen. Allerdings ist Voraussetzung für diesen Anspruch, daß ihnen ein Schaden entstanden ist. Dieser ist nur dann gegeben, wenn sowohl der **Sch** als auch die Bürgen E nicht in der Lage sind, ihre Verpflichtungen aus dem Zwangsvergleich bzw. aus der abgegebenen Bürgschaftserklärung zu erfüllen und dadurch den übrigen Gläubigern die zugesagte Quote nicht zuteil wird. Sofern die-

ser Fall eintritt und der einzelne Konkursgläubiger aufgrund der Sonderbefriedigung des **G1** nicht in Höhe der ihm zugesagten Quote Befriedigung finden kann, steht ihm ein Anspruch wegen Vertragspflichtverletzung gegen den **G1** zu. Jeder einzelne Konkursgläubiger ist Beteiligter des Zwangsvergleichsvertrages. Ihm persönlich ist unter den vorgenannten Voraussetzungen ein Schaden entstanden, so daß ihm ein entsprechender Schadensersatzanspruch zusteht.

VIII. Naturalobligation und § 193 Satz 2 KO

1. Ausgangslage der Untersuchung

Als Grundlage der Untersuchung ist die Wirkung des Zwangsvergleiches als eines Erlaßvertrages gem. § 397 BGB festzuhalten. Durch Vertrag kann eine Forderung ganz oder teilweise erlassen werden. Der Erlaß hat den vollständigen Untergang der Forderung zufolge. Auf der Grundlage dieses zivilrechtlichen Grundprinzipes ist weiterer Ausgangspunkt der Untersuchung, die Wirkungsweise des außergerichtlichen konkursabwendenden Vergleiches. Er richtet sich ausschließlich nach den Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches und führt als Folge des darin vereinbarten Forderungserlasses (regelmäßig Erlaß eines Teils der Forderungen) zum vollständigen Erlöschen des erlassenen Teils der Forderungen⁸³. Dieser, dem gerichtlichen Zwangsvergleich sehr ähnliche Fall des außergerichtlichen konkursabwendenden Vergleiches macht deutlich, daß der Grund für die Annahme des Zurückbleibens einer Naturalobligation beim Erlaß von Forderungen im Rahmen eines gerichtlichen Zwangsvergleiches in der Vorschrift des § 193 Satz 2 KO ihren Ursprung haben muß.

Deshalb ist, bevor ein tieferer Einstieg in die rechtliche Problematik der Naturalobligation erfolgt, die Analyse des Wortlautes dieser Regelung zweckmäßig. Zum besseren Verständnis kann der Wortlaut folgendermaßen aufgegliedert dargestellt werden:

Von dem Zwangsvergleich werden nicht berührt,

- die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners,
- sowie die Rechte aus einem für die (teilweise erlassene) Forderung bestehenden

83 Kuhn/Uhlenbruck, § 193, Rdnr. 14, m.w.N.; vgl. dazu FN 106, 107, 108, 109, 110.

- Pfandrecht
- einer Hypothek,
- Grundschild,
- Rentenschuld,
- Schiffshypothek,
- oder aus einer zu ihrer
Sicherung eingetragenen Vormer-
kung.

Schon nach Betrachtung des Wortlautes bestehen erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der herrschenden Meinung. § 193 Satz 2 KO formuliert sehr genau die Unberührtheit der Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners und die Rechte aus dinglichen Sicherheiten (z.B. Pfandrecht, Hypothek, Grundschild usw.) für die Forderung (des Gläubiger gegen den Gemeinschuldner). Nach dem Wortlaut sollen nur die Sicherungsrechte durch den Zwangsvergleich unberührt bleiben, nicht jedoch die Forderung, erst recht nicht eine ungesicherte Forderung. Soweit aufgrund der Akzessorietät der Sicherungsrechte die Forderung erhalten bleiben muß, besteht kein Widerspruch mit dem Wortlaut des § 193 Satz 2 KO. Der Wortlaut liefert jedoch kein Argument dafür, im Zwangsvergleich erlassene, unge-sicherte Forderungen, trotz des vergleichsweise vereinbar-ten Erlasses in der abgeschwächten Form der Naturalobligation aufrecht zu erhalten. § 193 Satz 2 KO enthält keine Regelung bezüglich der ungesicherten Forderungen.

2. Darstellung der herrschenden Meinung zur Naturalobligation

a) Konkursrechtliche Literatur

Jaeger⁸⁴ vertritt die Auffassung, im Fall des Zwangs-erlasses bestehe für den erlassenen Teil der Konkurs-forderung eine unvollkommene (erfüllbare aber nicht er-
- zwingbare) Haftung des Schuldners fort. Diese, von der
Rechtssprechung und der überwiegenden Mehrheit der

84 Jaeger/Weber, § 193, Rdnr. 5.

Schriftsteller anerkannte Meinung⁸⁵ folge aus dem zweiten Satz des § 193 KO. Danach bestimme das Gesetz für die Haftungen, die begriffsnotwendig eine Forderung voraussetzen (Bürgschaft, Pfandrecht im Sinne des BGB, Hypothek, Vormerkung), das Unberührtbleiben der Forderung vom vergleichsmäßigen Erlaß, da beim Untergang der gesicherten Forderung infolge des Zwangserlasses auch die Sicherungsrechte erlöschen oder sich verselbständigen müßten. Daraus sei die Folgerung zu ziehen, der Zwangsvergleich lasse für seinen Bereich die gesicherte Forderung nicht ganz erlöschen, sondern bestehe in abgeschwächten Form der Naturalobligation weiter.

Diese, auf der Rechtslage für gesicherte Forderungen basierenden Überlegungen überträgt Jäger⁸⁶ ohne Begründung auf die ungesicherten Forderungen. Danach obliege dem durch Zwangsvergleich entlasteten und wieder zahlungsfähig gewordenen Schuldner eine Anstandspflicht, die Restschuld zu erfüllen. Was er dann an Nachzahlung leiste, könne er nicht als eine Bereicherung - ohne Rechtsgrund - zurückfordern, auch wenn ihm der Mangel einer erzwingbaren Verbindlichkeit unbekannt und er gar nicht gewillt war, eine Anstandspflicht zu erfüllen.

Kuhn/Uhlenbruck, Hess/Kropshofer⁸⁷, und soweit ersichtlich die gesamte konkursrechtliche Literatur⁸⁸ gehen davon aus, daß der im Zwangsvergleich erlassene Teil der Konkursforderung - und zwar undifferenziert,

85 Jaeger/Weber, § 193, Rdnr. 5, Kuhn/Uhlenbruck, § 193, Rdnr. 6; Kilger, § 193, Rdnr. 4; Hess/Kropshofer, § 193, Rdnr. 14; zur Rechtsprechung vgl. FN 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103.

86 Jaeger/Weber, § 193, Rdnr. 6.

87 Kuhn/Uhlenbruck, § 193, Rdnr. 85; Hess/Kropshofer, § 193, Rdnr. 14.

88 Kilger, § 193, Rdnr. 4; Stech, ZZP 77, 161, 183 ff; Berges, KTS 1964, 129, 136.

ob gesichert oder nicht gesichert - als unvollkommene Verbindlichkeit (Naturalobligation) bestehen bleibe.

b) Zivilrechtliche Literatur

Der dargestellten konkursrechtlichen Literatur über die Naturalobligation schließt sich die zivilrechtliche an⁸⁹. Die zitierte Literatur begründet ihre Meinung einerseits mit der Regelung des § 193 Satz 2 KO; andererseits damit, daß für den Gemeinschuldner eine Anstandspflicht bestehe, die Restschuld zu erfüllen. Es handle sich dabei um eine Nachzahlungspflicht im Sinne der allgemeinen Vorschrift des § 814 Halbsatz 2 BGB, wodurch wiederum die bereicherungsrechtliche Rückforderung etwa geleisteter Beträge seitens des Gemeinschuldners über den nicht erlassenen Teil der Forderung hinaus ausgeschlossen sei.

Gegen die erdrückende Anzahl der Befürworter einer Naturalobligation bei Erlaß einer Teilforderung im Zwangsvergleich gibt es nur wenige Gegenstimmen. Hierzu zählt insbesondere von Lübtow⁹⁰, der sich im Rahmen

89 Münchener Kommentar/Heinrichs, Einleitung zu § 241, Rdnr 43; Staudinger/Schmidt, 12. Auflage, Einleitung zu §§ 241 ff, Rdnr. 244 ff, am ausführlichsten behandelt bei Staudinger/Weber, 11. Auflage, Einleitung Rdnr. I 21, dort sind zu § 193 KO folgende Belege aufgeführt:

RGZ 42, 118; 71, 864; 78, 77; 153, 342; 160, 138; 163, 49; RG JW 1909, 361; 1913, 517; 1916, 398; RG LZ 1908, 608; 1909, 546 = Seuff Arch 65 Nr. 20; 1910, 158, RG Holdheim MSchr 13, 130; OLG Augsburg OLGE 6, 369; OLG Colmar OLGE 8, 89; OLG München BayrZ 1932, 80; Bley, VerglO, § 73 III 2 b; Böhle-Stamschräder, KD, 4 zu § 193; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, § 222 II 5 Kuhn 27; Jäger, Komm. z. KD, 5 zu § 193; Kaestner, Diss. Göttingen 1933, 48 ff; Klingmüller, Die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten 1905, 244; Kohler, Leitfaden, 289 f; Meisner, Recht der Schuldverhältnisse, 4; Mentzel-Kuhn, Komm. z. Konkursordnung, 8 zu § 193; Oertmann, Schuldverhältnisse, § 814 Ziff. 6; Pagenstecher, Der Konkurs, 3. Aufl. 124; Planck, Komm. II 2 zu § 814; Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten 1953, 44 spricht hier von einem "relativen Recht minderer Wirkung"; Rudolf Schmidt, Reichsgerichtspraxis II (1929), 42; Sydow-Busch-Krieg, Komm. z. KD, 6 zu § 193; v. Tuhr, Allg. Teil d. DtBürgerlR, § 74 Note 68; Wolff, LZ 1908, 107.

seiner Untersuchung der Struktur der Pfandrechte und Reallasten sehr deutlich gegen die Naturalobligation ausgesprochen hat. Er hält die Naturalobligation im Bereich der gesicherten Forderung (§ 193 Satz 2 KO, § 82 Abs. 2 VerglO) nicht für notwendig. Allgemein, auch für den Bereich der ungesicherten Forderung, kommt er zu dem Schluß, der Zwangsvergleich setze die Forderung des Konkursgläubigers auf die Vergleichsquote herab. Soweit die Schuld erlassen werde gehe sie unter. Insoweit sei der direkten Versicherung des Gesetzes unbedingt Glauben zu schenken, das in den §§ 196, 197 KO ausdrücklich vom vergleichweisen Erlaß der Forderung spricht. Es bleibe hier vielleicht eine sittliche Pflicht, den Gläubiger auch insoweit zu befriedigen, von einer wenngleich abgeschwächten Rechtspflicht könne jedenfalls keine Rede sein.

Auch Kipp⁹¹ stellt sich eindeutig gegen die Naturalobligation. Nach seiner Auffassung ist nicht einzuräumen, daß im Falle des Zwangsvergleiches (§ 193 KO) die Erfüllung des erlassenen Teils der Verbindlichkeit schlechthin sittliche oder Anstandspflicht des Gemeinschuldners sei. Es komme vielmehr auf die näheren Umstände an. Die Vorschrift § 193 Satz 2 KO zwingt zur Annahme einer natürlichen Verbindlichkeit des Gemeinschuldners ebensowenig, wie man aus § 768 Abs. 1 Satz 2 BGB eine naturalis obligatio der beschränkt haftenden Erben ableiten könne. Vielmehr verhalte sich das BGB in dieser Hinsicht völlig neutral.

Bemerkenswert ist als Beispiel aus dem ausländischen Rechtskreis die Haltung der Schweizerischen Literatur zur Frage der Naturalobligation im Bereich des Zwangsvergleiches. Die gesetzliche Ausgangslage aufgrund des schweizerischen Bundesgesetzes für Schuldbetreibung

90 Von Lübtow, S. 328 ff., insbesondere 333, 334.

90 Von Lübtow, S. 328 ff., insbesondere 333, 334.

91 Windscheid/Kipp, 183, 193.

und Konkurs (SchKG) ⁹² entspricht der der deutschen Konkursordnung. Umfassend behandelt das Thema Fritsche ⁹³. Bezugnehmend auf Entscheidungen des Bundesgerichtes ⁹⁴ lehnt er das Zurückbleiben einer Naturalobligation ab. Wie der gewöhnliche Erlaßvertrag bezüglich einer obligatorischen Verpflichtung befreiend wirke, so gehe auch durch die nachlaßvertragliche Reduktion einer Schuld in Verbindung mit der Erfüllung des Nachlaßvertrages die Forderung für den Ausfall unter, sofern nicht im Nachlaßvertrag selbst etwas anderes bestimmt sein sollte. Es könne weder aus den einschlägigen Bestimmungen des Zivilrechtes noch aus dem positiven Nachlaßvertragsrecht die Auffassung begründet werden, für den Ausfall bleibe eine Naturalobligation bestehen. Das wesentliche einer Naturalobligation bestehe in dem Ausschluß der Rückerstattung der bezahlten Naturalleistung. Nach dem Obligationenrecht (Artikel 72 Schweizerisches Obligationenrecht) sei die Rückforderung einer bezahlten Nichtschuld nur dann ausgeschlossen, wenn die Zahlung für eine verjährte Schuld oder in Erfüllung einer sittlichen Pflicht geleistet werde. Das Nachlaßvertragsrecht habe diesen Fällen einen weiteren nicht hinzugefügt. Die Anerkennung der Naturalobligation habe daher keinen Sinn, zumal keine praktischen Gründe für ihr Fortbestehen erkennbar sind.

c) Rechtsprechung

Die Entscheidungen, die sich mit dem Thema des Bestehens einer Naturalobligation auseinandersetzen, beziehen sich auf gesicherte Forderungen, die im Rahmen

⁹² Geregelt in Artikel 317 ist der Nachlaßvertrag im Konkurs, der auf die Regelungen des ordentlichen Nachlaßvertrages, Artikel 302 ff. Bezug nimmt. Artikel 311 entspricht im wesentlichen dem § 193 Satz 2 KO. Danach ist der bestätigte Nachlaßvertrag für sämtliche Gläubiger rechtsverbindlich; ausgenommen sind nur die Pfandgläubiger für den durch das Pfand gedeckten Forderungsbetrag.

⁹³ Fritsche, 343 ff., insbesondere 345.

⁹⁴ BGE 28 II 581; BGE 26 II 816.

eines Vergleiches - Zwangsvergleiches - teilweise erlassen worden sind. Sie enthalten allerdings keine eingehende Begründung, weshalb von dem Verbleiben einer Naturalobligation ausgegangen wird.

Das Urteil des Reichsgerichtes vom 06. Dezember 1911⁹⁵ untersucht die Frage des Anspruches auf Eintragung einer Sicherungshypothek auf der Grundlage einer vor Konkurseröffnung eingetragenen Vormerkung zur Sicherung einer (Konkurs-) Forderung, die der Gläubiger zur Konkurstabelle angemeldet hatte. Die Forderung war gem. § 64 KO "in Höhe des Ausfalles" festgestellt worden. Nach Abschluß des Zwangsvergleiches erhielt der Gläubiger die Vergleichsquote ausgezahlt, ohne daß er die Befriedigung aus der ihm zustehenden Sicherheit (Vormerkung) versucht hatte. Der mit der Klage begehrten Eintragung einer Sicherungshypothek auf der Grundlage der Vormerkung hält der beklagte Gemeinschuldner ein Zurückbehaltungsrecht entgegen, weil er ohne Rechtsgrund die Quote an den Gläubiger gezahlt habe, der tatsächlich aufgrund der ihm zustehenden Sicherheiten keinen Ausfall erleide.

Das Reichsgericht versagt ein solches Zurückbehaltungsrecht unter Hinweis auf die im Rahmen des vergleichsmäßig vereinbarten Teilerlasses zurückgebliebene Naturalobligation (natürliche Verbindlichkeit). Wenn der frühere Gemeinschuldner diese natürliche Verbindlichkeit erfülle, so genüge er zudem einer Anstandspflicht, die nach § 814, 2. Halbsatz BGB eine Rückforderung ausschließe.

Im Urteil vom 14. Juli 1933⁹⁶ beschäftigt sich das Reichsgericht lediglich nebenbei mit der Frage der Naturalobligation im Zusammenhang mit § 193 Satz 2 KO und § 82 Absatz 2 VerglO. Hauptfrage dieser Entscheidung

95 RGZ 78, 71 ff.

96 RGZ 153, 338 ff.

war, ob eine Schuld durch den gänzlichen Wegfall des Schuldners (durch die Regelung Gesetzes über Einziehung kommunistischen Vermögens vom 26. Mai 1933) erlischt und welche Konsequenzen der Wegfall des Schuldners auf die Besicherung dieser Schuld hat. Das Reichsgericht geht in diesem Zusammenhang davon aus, daß das geltende Recht Schulden ohne Haftung kennt und führt dazu aus:

"Sie werden auch wohl natürliche Verbindlichkeiten genannt und man mag die Erklärung für die Bestimmungen des § 193 Satz 2 KO, wie des § 82 Absatz 2 Vergleichsordnung nicht nur in dem Zweck der Bürgschaft finden, den Gläubiger gerade bei Vermögensverfall des Schuldners zu sichern, sondern auch in dem Fortbestehen einer natürlichen Verbindlichkeit nach Abschluß des Zwangsvergleichs (RGZ 78, 71, 77)."

Wie aus der wörtlich zitierten Passage ersichtlich, läßt das Reichsgericht die Grundsatzfrage der Naturalobligation dahinstehen und verweist auf die oben zitierte Entscheidung im 78. Bande, in der es sich zur Naturalobligation eben nur im Zusammenhang mit der gesicherten Forderung geäußert hat.

Im Urteil vom 8. Februar 1940 ⁹⁷ geht das Reichsgericht (wiederum nur am Rande) auf § 193 KO ein. Gegenstand der Entscheidung ist das Schuldenbereinigungsgesetz von 1939, in dem für die gesetzlich angeordnete Schuldbe freiung geregelt ist, daß infolgedessen die volle Weiterhaftung der Mitverpflichteten gegenüber dem Gläubiger eine unbillige Härte bedeuten würde. Die reichsgerichtliche Entscheidung zitiert in diesem Zusammenhang lediglich die Begründung zu § 3 des Schuldenbereinigungsgesetzes, das darauf Bezug nimmt, daß im Rahmen des § 193 KO die Sicherheiten auch dann weiter bestehen bleiben, wenn die alten Forderungen dem Schuldner gegenüber ganz oder teilweise erlassen oder in sonstiger Weise verändert werden.

97 RGZ 163, 46 ff.

In den Entscheidungen vom 25. Mai 1937⁹⁸ und vom 14. Mai 1939⁹⁹ - denen derselbe Sachverhalt zugrunde liegt - hat das Reichsgericht entschieden, daß neben der durch Aussonderungsrecht "besicherten" Forderung auch der auf den unbesicherten Teil der Forderung entfallende Teilerlaß zum Zurückbleiben einer Naturalobligation führt. Das Reichsgericht hat allerdings seine diesbezügliche Meinung nicht näher begründet, sondern lediglich auf die oben zitierte Kommentierung von Jaeger^{99a} Bezug genommen.

Soweit ersichtlich, ist vom Bundesgerichtshof die Rechtsprechung des Reichsgerichtes zu § 193 Satz 2 KO (bzw. § 82 Vergleichsordnung) übernommen worden.

Das Urteil vom 17.11.1951¹⁰⁰ behandelt im wesentlichen die besicherte Forderung des absonderungsberechtigten Gläubigers und bestätigt, daß diese Forderung als natürliche Verbindlichkeit, auch beim Austausch von Sicherheiten, sicherungsfähig geblieben sei.

Das Urteil vom 22.09.1971¹⁰¹ hatte die Frage zu entscheiden, inwieweit der Freistellungsanspruch des Gemeinschuldners durch einen Zwangsvergleich berührt wird, in dem die "durch Freistellungsverpflichtung besicherte Forderung" teilweise erlassen wurde. Der BGH geht ohne weitere Begründung davon aus, daß gem. § 193 KO der im Zwangsvergleich erlassene Teil der Konkursforderung nicht endgültig erlischt, sondern als natürliche Verbindlichkeit bestehen bleibt. Als Begründung führt er an, die Zahlung der Restschuld entspreche einer Anstandspflicht, so daß die Rückforderung nach §

98 RGZ 155, 95 ff.

99 RGZ 160, 134 ff.

99a FN 85, 86

100 BGHZ 31, 174.

101 BGHZ 57, 78, 84, unter Bezugnahme auf Mentzel/
Kuhn/Uhlenbruck, § 193. Rdnr. 8.

814 BGB ausgeschlossen sei. Gerade die Tatsache, daß die Zahlung der Restschuld einer Anstandspflicht entspreche, so der Bundesgerichtshof, rechtfertige die Auffassung, daß der Freistellungsanspruch in voller Höhe der ursprünglichen Forderung, von der die Befreiung verlangt werden könne, bestehen bleibe.

Im Urteil vom 10.02.1982 ¹⁰² spricht der BGH in einem obiter dictum - ohne nähere Begründung und unter Bezugnahme auf die bereits erörterte Literatur - an, daß im Zwangsvergleich der erlassene Teil der Konkursforderung als unvollkommene Verbindlichkeit (Naturalobligation) bestehen bleibe.

Besonderer Erwähnung bedarf das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 30.10.1967 ¹⁰³, das ganz im Sinne der bisher erörterten Rechtsprechung steht, jedoch die weitreichenden Konsequenzen dieser Rechtsauffassung deutlich macht. Im Rahmen eines gerichtlichen Vergleiches fiel die teilweise durch Grundschulden gesicherte Forderung einer Gläubigerin in Höhe von rund 16.000,-- DM aus, insoweit stand ihr somit lediglich eine schlichte Vergleichsforderung zu. Das Vergleichsverfahren endete 1959 mit einem gerichtlich bestätigten Vergleich. 1961 erlangte die Gläubigerin wegen ihrer Ausfallforderung gegen die Gemeinschuldnerin Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse. In der irrtümlichen Ansicht, die Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse seien rechtens, erfüllte die ehemalige Gemeinschuldnerin die Ausfallforderung der Gläubigerin durch Freigabe eines hinterlegten Betrages zu deren Gunsten. Die spätere Klage der Gemeinschuldnerin auf Rückgabe der Ausfallforderung in Höhe von rund 16.000,-- DM wegen ungerechtfertigter Bereicherung lehnte der Bundesgerichtshof ab. In seiner Begründung geht er davon aus, daß auch bezüglich des im gerichtlichen Vergleichsverfahren

102 BGHZ 83, 102 ff.

103 WM 1968, 39.

erlassenen Teils der Forderung eine tilgungsfähige Naturalobligation erhalten geblieben sei. Der Bundesgerichtshof ist der Ansicht, daß auch in Anbetracht der bestehenden Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse sei die Freigabe des hinterlegten Betrages eine freiwillige Leistung gewesen. Insofern läßt er dahinstehen, ob bei einer Befriedigung der Leistung im Vollstreckungswege eine Rückforderung des Betrages ebenfalls ausgeschlossen ist. Im Fall dieser "freiwilligen Leistung" entschied der BGH, daß eine Rückforderung gem. § 812 BGB und § 814 BGB i.V. mit § 47 VerglO ausgeschlossen sei.

Im Widerspruch zu der obenstehenden Rechtsprechung stehen die beiden Entscheidungen des Reichsgerichtes vom 18.05.1895 ¹⁰⁴ und vom 15.11.1911 ¹⁰⁵.

In der erstgenannten Entscheidung wurde eine Forderung gegen den Gemeinschuldner an den Beklagten abgetreten. Der Schwager des Gemeinschuldners (Kläger) zahlte an den Beklagten den vollen Betrag nebst Zinsen. Bei der Zahlung war ihm nicht bekannt, daß die Forderung gegen den Gemeinschuldner zuvor durch Vergleich zwischen dem Gemeinschuldner und dem ursprünglichen Gläubiger auf ca. 10 % der ursprünglichen Summe herabgesetzt worden war. Der Kläger begehrt die Rückzahlung des von ihm an den Beklagten geleisteten Betrages.

Das Reichsgericht fordert für den Ausschluß der Rückzahlung einer Leistung, die im irrtümlichen Glauben an das Bestehen einer vollgültigen Schuld erfolgt ist, objektive Gründe für die Annahme einer moralischen Verbindlichkeit. Subjektive Auffassungen genügen ihm hier nicht. In diesem Zusammenhang hebt das Reichsgericht die Tatsache hervor, daß kaum jemals in der juristischen Doktrin ein Zweifel daran laut geworden sei, daß

104 RGZ 35, 216, 219.

105 RGZ 77, 403 ff.

der Erlaß einer Forderung durch den Gläubiger dieselbe ganz aufhebe, so daß auch nicht eine moralische Verbindlichkeit übrig bliebe. Dies entspreche auch ganz den Quellen des Gemeinen Rechts, welche die Wirksamkeit des pactum de non petendo auf eine naturalis aequitas zurückführten, so daß dieser Erlaßvertrag ebenso wie die Erfüllung auch die naturalis obligatio zu tilgen geeignet sei. Das Reichsgericht bezieht diese Grundsätze auch auf den Zwangsvergleich. Schließt der als Erbe einer von ihm für insolvent erachteten Hinterlassenschaft berufene mit den Erschaftsgläubigern einen Nachlaßvertrag bzw. einen Zwangsvergleich, so ergebe sich daraus, daß jener Nachlaßvertrag nur eine Anwendung des pactum de non petendo darbiete, durch den auch die obligatio naturalis zum Erlöschen gebracht werde. Die gegenteilige Auffassung finde weder im Gesetz noch in der althergebrachten Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit einen Anhalt. Danach sei bei einem gültigen Nachlaßvertrag eine moralische Verbindlichkeit des Schuldners, welche den Gläubiger berechtigen würde, den von ihm erlassenen Teil seiner Forderung, wider den Willen des Schuldners zu behalten, nicht begründet. Das gelte jedenfalls, wenn der Schuldner im irrtümlichen Glauben an den Fortbestand der Schuld gezahlt habe. Die Schuld sei vielmehr, soweit sie erlassen ist, voll und ganz untergegangen.

Nach dem der zweiten Entscheidung ^{105a} zugrunde liegenden Sachverhalt war zugunsten des Gläubigers und zur Sicherung seiner Forderung eine Hypothekenvormerkung zu Lasten eines Grundstückes des Gemeinschuldners im Grundbuch eingetragen worden. Im nachfolgenden Konkursverfahren über das Vermögen des Schuldners meldete der Gläubiger seine Forderung an und begehrte ein Absonderungsrecht wegen jener Vormerkung. Das Absonderungsrecht wurde bestritten, die Forderung aber als gewöhnliche Forderung festgestellt. Der Gemeinschuldner unterbreitete seinen Gläubigern im Rahmen des Zwangsver-

gleichsvorschlages das Angebot, sie sollten 20 von Hundert ihrer Forderung in Bargeld erhalten, auf den Rest (der Forderungen) aber verzichten. Dieser Vorschlag ist von dem vorgenannten Gläubiger und den übrigen Konkursgläubigern angenommen und vom Gericht bestätigt worden. Im Rechtsstreit um die Löschung der Vormerkung behauptet der ehemalige Gemeinschuldner, der Gläubiger sei durch die Zahlung der Quote vollständig befriedigt.

Ausgehend vom Wortlaut des Zwangsvergleiches, den vertraglichen Auslegungsregeln und der den gerichtlichen Urkunden und Protokollen innewohnenden Vollständigkeitsvermutung geht das Reichsgericht davon aus, daß die durch Vormerkung gesicherte Forderung des Gläubigers durch Zwangsvergleich vollständig erloschen ist. Zur Begründung führt das Reichsgericht an, der Gläubiger habe im Rahmen seiner Zustimmung zum Zwangsvergleich keinen Vorbehalt gegen den vertraglichen Erlaß erhoben.

Diese Entscheidung steht in zweierlei Hinsicht im Widerspruch zur übrigen Rechtsprechung. Einerseits erlegt sie dem Gläubiger, der an der Abstimmung über den Zwangsvergleich teilnimmt, jedoch teilweise gesicherte Forderungen hat, den ausdrücklichen Vorbehalt auf, die gesicherte Forderung sei vom Erlaß nicht erfaßt. Andererseits verneint die Entscheidung aber auch das Zurückbleiben einer Naturalobligation für den erlassenen Teil der Forderungen. Denn unter dieser Prämisse hätte das Reichsgericht die Vormerkung als nach wie vor wirksam anerkennen müssen, und zwar als Sicherungsrecht bezüglich der in Form der Naturalobligation zurückgebliebenen Verbindlichkeit. Es hätte somit das Löschungsbegehren des Eigentümers (Schuldners) abweisen müssen.

Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung zum außergerichtlichen Vergleich, wonach der Bestand der Sicherheiten im Rahmen eines außergerichtlichen,

konkursabwendenden Vergleiches keinen besonderen Schutz genießt, sondern vielmehr der Abwertung entsprechend der Quote (der Forderungen) unterliegt. Die Forderung wird durch den Vergleich bis auf eine bestimmte zu zahlende Quote erlassen; im Rahmen der Akzessorietät dienen die bestehenden Sicherheiten nurmehr für diese Quote. Dies ist insbesondere unter Bezug auf § 767 BGB mehrfach vom Reichsgericht und vom Bundesgerichtshof¹⁰⁶ entschieden worden.

Im Urteil des Reichsgerichts vom 29.01.1918¹⁰⁷ kommt dieser Grundsatz eindeutig zum Ausdruck. Danach kann sich der Bürge dem Gläubiger gegenüber auf den zur Abwendung des Konkurses des Hauptschuldners geschlossenen außergerichtlichen Vergleich berufen; Er haftet ihm nicht für den dadurch erlassenen Teil der Hauptforderung, sofern nicht ausdrücklich oder stillschweigend etwas anderes vereinbart ist. Kraft Gesetzes (§ 767 Abs. 1 Satz 1 BGB) ist für die Verbindlichkeit des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgeblich und daher der im Vergleichsweg erfolgte Teilerlaß der letzteren auch zugunsten des Bürgen hinzunehmen. Davon macht das Gesetz (§ 193 KO) nur für den Zwangsvergleich im Konkurs eine Ausnahme. Eine entsprechende Anwendung dieser Sondervorschrift, die in der Natur dieses Vergleiches als Zwangsvergleich ihren Grund hat, auf einen Vergleich, den die Gläubiger freiwillig zur Abwendung des Konkurses mit dem Schuldner schließen, ist von dem Reichsgericht ständig abgelehnt worden¹⁰⁸.

Im Urteil vom 05.11.1931¹⁰⁹ bestätigt das Reichsge-

¹⁰⁶ Vgl. FN 107, 108, 109, 110.

¹⁰⁷ RGZ 92, 121.

¹⁰⁸ RG V 275/05 vom 27.11.1905, Recht 1906, Sp. 508, Nr. 1197; RG VI 192/13 vom 29.09.1913, Leipz. Z. 1914, Sp. 193 und Seuff. Arch. Bd. 69, S. 95; RG VI 326/15 vom 03.01.1916, Jur. Wochenschr. 1916, S. 479 und Warneyer 9. Jahrg., S. 82.

¹⁰⁹ RGZ 134, 126.

richt unter Bezugnahme auf seine Entscheidung im 92. Bande seine Auffassung, daß die Regelungen der § 193 Satz 2 KO und § 82 VerglO Ausnahmenvorschriften darstellen, die der Anwendung auf den Fall des die Konkursabwendung bezweckenden freiwilligen Vergleiches nicht zugänglich sind.

Diese Rechtsprechung hat der BGH in seinem Urteil vom 03.07.1952 ¹¹⁰ uneingeschränkt bestätigt.

3. Entbehrlichkeit der "Naturalobligation"

Zusammenfassend kann die herrschende Literatur und Rechtsprechung zur Naturalobligation im Sinne von § 193 Satz 2 KO so charakterisiert werden, daß in Höhe des durch Zwangsvergleich erlassenen Teils der Forderung eine Naturalobligation (Recht zum Behaltendürfen) zurückbleibt, die eine Rückforderung des (im übrigen ohne Rechtsgrund) Erlangten ausschließt, insbesondere im Rahmen des Bereicherungsrechtes (§§ 812 ff) einen Rechtsgrund zum "Behaltendürfen" darstellt. Ergänzend - ohne dies dogmatisch deutlich einzuordnen - wird die Leistung des Gemeinschuldners auf den erlassenen Teil der Forderung als Anstandspflicht angesehen, auch wenn dem Gemeinschuldner bezüglich der Leistung ein solcher Wille völlig fehlte. Gemäß § 814 Satz 2 BGB solle deshalb ein Rückforderungsanspruch ausgeschlossen sein. Allerdings wird nicht eindeutig, ob die Annahme einer Anstandspflicht als Tatbestandsmerkmal der Naturalobligation gewertet wird ¹¹¹ oder als isoliertes Tatbestandsmerkmal im Rahmen des § 814 Satz 2 BGB ¹¹².

¹¹⁰ BGHZ 6, 384.

¹¹¹ So insbesondere RGZ 78, 71, 78; Jaeger/Weber, § 193 KO, Anmerkung 6.

¹¹² Stech, ZZP 77, 161, 184 - vertritt die Auffassung, daß der "Theorienstreit" bezüglich der Naturalobligation ohne Bedeutung sei, da dasselbe Ergebnis durch die Anwendung von § 814 Satz 2 BGB eintrete. Auch diese Betrachtungsweise geht undifferenziert von einer Anstandspflicht bezüglich der Zahlung auf den erlassenen Teil der Forderung aus.

Das Instrument der Naturalobligation ist insbesondere von von Lübtow und Kipp¹¹³ mit dem Argument kritisiert worden, die herrschende Meinung glaube zu Unrecht, den § 193 Satz 2 KO nicht anders erklären zu können, weil Bürgschaft und Pfandrecht streng akzessorische Rechte seien, die beim Erlöschen der Hauptschuld untergehen müßten. Der Zwangsvergleich setze indessen die Forderung des Konkursgläubigers auf die Vergleichsquote herab. Soweit die Schuld erlassen wird, gehe sie unter. Die §§ 196, 197 KO sprächen ausdrücklich von vergleichmäßigem Erlaß der Forderung. Dieser direkten Versierung des Gesetzes sei unbedingt Glauben zu schenken^{113a}. Es bleibe vielleicht eine sittliche Pflicht zurück, den Gläubiger auch insoweit zu befriedigen; von einer - wenngleich abgeschwächten - Rechtspflicht könne jedenfalls keine Rede sein.

Der Ansatz der Kritik ist zutreffend. Aufgrund des Inhalts eines Zwangsvergleiches, der den vertraglichen Erlaß eines Teils der Konkursforderungen regelt, ist von dem Erlöschen der Forderung auszugehen, soweit sie vom Erlaßvertrag betroffen ist. Dieser Grundsatz wird durch die oben zitierte Rechtsprechung zum außergerichtlichen konkursabwendenden Vergleich bestätigt. Entsprechend dem grundsätzlich geltenden Akzessorietätsprinzip führt in diesen Fällen das teilweise Erlöschen der Forderung durch Erlaßvertrag - z.B. gem. § 767 Abs. 1 BGB - auch zum entsprechenden Erlöschen der Forderungen gegen den Bürgen oder gegen sonstige Sicherungsgeber¹¹⁴.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn aufgrund gesetzlicher Regelung trotz Wegfall der Forderung die Sicherungsrechte aufrecht erhalten werden und insoweit dogmatisch-konstruktiv von dem Bestand der Forderung ausgegangen werden muß. Eine solche Regelung stellt § 1138 BGB dar; diese Vor-

113 Von Lübtow, S. 329 ff, insbes. 333 ff; Windscheid/Kipp, S. 183, insbesondere 193; vgl. FN 91, 92.

113a Von Lübtow, 333 ff.

114 Vgl. RGZ 92, 123; 134, 130; BGHZ 6, 393.

schrift ist eine konsequente Ausformung des Akzessorieitätsprinzips. Materiellrechtlich bedeutet § 1138 BGB, daß der gutgläubige Erwerber der Hypothek (§§ 892, 1138 BGB) neben dem dinglichen Recht auch die nicht entstandene oder erloschene Forderung erwirbt, insoweit als die Forderung wegen des Grundsatzes der Akzessorietät zum Bestand der Hypothek notwendig ist ¹¹⁵. Nach §§ 892, 1138 BGB gilt in der Regel zugunsten des rechtsgeschäftlichen Erwerbers einer eingetragenen Verkehrshypothek nicht nur das dingliche Recht dem eingetragenen oder nach § 1155 BGB ausgewiesenen Gläubiger als zustehend, sondern, soweit für das dingliche Recht von Bedeutung, auch die eingetragene Hypothekenforderung, selbst wenn sie nicht entstanden oder inzwischen erloschen ist ¹¹⁶.

Die Regelung des § 193 Satz 2 KO stellt eine ähnliche positivrechtlich geregelte Bestätigung des Akzessorieitätsprinzips dar. § 193 Satz 2 KO ist eine gesetzliche Sonderregelung, die die Zielsetzung hat, eine Ausnahme zu § 397 BGB zu gestalten, der als Folge des zivilrechtlichen Erlaßvertrages das Erlöschen der Forderung bestimmt.

Nach dem Wortlaut von § 193 Satz 2 KO bezieht sich diese Ausnahme eindeutig nur auf die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners, sowie auf die Rechte aus einem für die Forderung bestehenden Pfandrecht, aus einer für sie bestehenden Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld oder Schiffshypothek oder aus einer zu ihrer Sicherung eingetragenen Vormerkung. Dagegen ist die Ausnahmeregelung des § 193 Satz 2 KO auf ungesicherte Forderungen nicht anwendbar. In diesen Fällen ist die Annahme einer Naturalobligation schon aufgrund des eindeutigen Wortlautes der Sonderregelung nicht gedeckt. § 193 Satz 2 KO ist für ungesicherte Forderungen nicht relevant, er kann nicht als Argument für das Verbleiben einer Natu-

115 Soergel/Baur, § 1138, Rdnr. 9.

116 RGRK/Mattern, § 1138, Rdnr. 9, m.w.N.

ralobligation für den erlassenen Teil der ungesicherten Forderung dienen.

Soweit bei gesicherten Forderungen die obengenannten Sicherungsrechte vom Zwangsvergleich unberührt bleiben, stellt sich bei Beachtung des Akzessorietätsprinzips die Frage nach der Forderung. Der Fortbestand der Sicherungsrechte beruht auf der gesetzlichen Anordnung von § 193 Satz 2 KO. Die Wirkung könnte durch zwei verschiedene Vorgehensweisen erreicht werden:

- Nach Erlöschen der Forderung durch den Erlaßvertrag fingiert das Gesetz den Bestand der Forderung insoweit, als sie zur Bestandserhaltung der Sicherungsrechte und der Regreßansprüche der Sicherungsgeber notwendig ist.

oder

- Die Wirkung des Erlaßvertrages wird durch Gesetz eingeschränkt; wenn und soweit die vom Erlaß betroffenen Forderungen als Grundlage für Sicherungsrechte dienen, führt der Erlaßvertrag nicht zum Erlöschen der Forderung.

Die erste Möglichkeit ist dogmatisch exakter und entspricht eher dem Wortlaut der Sonderregelung. Denn § 193 Satz 2 KO formuliert, daß die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners sowie die Rechte aus einem für die Forderung bestehenden Pfandrecht usw. durch den Zwangsvergleich unberührt bleiben. Der Wortlaut geht somit von einem Untergang der ursprünglichen Forderungen durch Erlaßvertrag aus und fingiert das Bestehenbleiben der Forderung als Grundlage der Rechte der Gläubiger gegen die Mitschuldner und Bürgen, sowie ihrer Rechte aus den einzeln genannten Grundpfandrechten. Hätte der Gesetzgeber die zweite Möglichkeit gewollt, so hätte er in etwa formulieren müssen:

"Die Forderungen der Gläubiger bleiben in Ansehung ihrer Rechte gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners, sowie in Ansehung ihrer Rechte aus einem für die Forderung bestehenden Pfandrecht usw. durch den Zwangsvergleich unberührt."

Die Gründe für die strenge Durchführung des Akzessorieitätsprinzips durch die gesetzliche Regelung des § 193 Satz 2 KO sind offensichtlich. Die gesetzliche Regelung liegt nicht nur im Interesse der Gläubiger, sondern auch im Interesse des Gemeinschuldners. Ein Erlöschen der (akzessorischen) Sicherungsrechte beim Forderungserlaß würde ganz sicher diejenigen Gläubiger, deren Ansprüche gesichert sind, dazu veranlassen, dem Vergleichsabschluß zu widersprechen und auf Fortsetzung des Konkursverfahrens zu drängen, da der Konkurs zwar regelmäßig eine geringere Quote bringt als sich im Vergleichswege erzielen läßt, andererseits aber bestehende Sicherheitsrechte nicht berührt. § 193 Satz 2 KO überträgt aus diesen Gründen - rechtspolitisch billigenswert - den Grundsatz des Konkursrechts, daß Sicherungsrechte ihre Befriedigung außerhalb des Konkurses finden (§§ 4 Abs. 2, 43 ff, 47 ff KO), auch auf den Zwangsvergleich und schafft so eine einheitliche Grundlage für die Durchführung des Konkursverfahrens ohne Rücksicht auf die Form seiner Beendigung¹¹⁷. Ohne diese Regelung ließe sich wohl nie die Zustimmung der gesicherten Gläubiger zu einem Zwangsvergleich erreichen.

Thema der vorliegenden Arbeit ist die ungesicherte Forderung. Die Untersuchung des § 193 Satz 2 KO erfolgte nicht im Hinblick auf die Rechtslage bei gesicherten Forderungen, sondern in Anbetracht des Argumentes, aus dieser Vorschrift ergebe sich das Zurückbleiben einer Naturalobligation im Rahmen des Teilerlasses auch einer nicht gesicherten Forderung, was verneint wurde. Aufgrund dieser Zielsetzung bleibt die schwierige Frage ausdrücklich dahingestellt, ob ein Mitschuldner oder Bürge, der auf die ganze Forderung in Anspruch genommen wurde, Rückgriff beim Ge-

117 Steck, S. 185, m.w.N.

meinschuldner nur in Höhe der Vergleichsquote nehmen kann
118.

Für die ungesicherte Forderung ist als Ergebnis die Entbehrlichkeit der Naturalobligation festzustellen. Denn der gerichtliche Zwangsvergleich enthält einen zivilrechtlichen Erlaßvertrag, der zum Erlöschen der durch den Erlaß betroffenen Forderung oder des betroffenen Teils einer solchen Forderung führt. Bezüglich der erlassenen Forderung (oder Teilforderung) bleibt keine Naturalobligation zurück. Es besteht dafür weder ein dogmatisch-konstruktives noch ein praktisches oder wirtschaftliches Bedürfnis. Die vom zwangsvergleichsmäßigen Erlaß betroffene Forderung geht, soweit der Erlaß reicht, vollständig unter, ohne Zurückbleiben irgendwelcher Reste, die als Rechtsgrund für das Behalten späterer Zahlungen dienen könnten.

IX. Lösung des Grundfalles, Variante 1. - 3., soweit bereicherungsrechtliche und deliktische Ansprüche in Betracht kommen

In der ersten Fallvariante hatte **Sch** nach Abschluß des Konkursverfahrens an **G1** eine Zahlung in Höhe von 200.000,-- DM geleistet. Der **Sch** befand sich in dem Irrtum, er sei aufgrund der ursprünglichen Kaufpreisforderung (Konkursforderung) und des darauf erteilten Titels zur Zahlung verpflichtet.

Dem **Sch** könnte gegen **G1** ein Anspruch auf Rückzahlung gem. § 812, Abs. 1, Satz 1, 1. Alternative (Leistungskondiktion) BGB zustehen.

Der **G1** hatte etwas, nämlich 200.000,-- DM durch Leistung des **Sch** erlangt, ohne daß dafür ein Rechtsgrund vorhanden war. Die ursprüngliche Kaufpreisforderung in Höhe von 1 Million DM ist durch Zwangsvergleich, den darin enthalte-

118 Kuhn/Uhlenbruck, § 193, Rdnr. 10, m.w.N.;
Jaeger/Weber, § 193, Rdnr. 19; Schönke/Baur,
Rd. 1152.

nen Erlaßvertrag, auf 300.000,-- DM reduziert worden. Diese Forderung des **G1** in Höhe der Quote ist am 01.03.1985 durch Zahlung (Erfüllung) erloschen. Die darüber hinausgehende Restkaufpreisforderung in Höhe von 700.000,-- DM ist durch Erlaßvertrag erloschen, ohne daß eine Naturalobligation zurückblieb. Eine Anstandspflicht zur Zahlung eines über 300.000,-- DM hinausgehenden Betrages auf die Kaufpreisforderung ist im Sinne von § 814 BGB nicht anzuerkennen. Damit fehlt es an einem Rechtsgrund für die erlangte Leistung, **G1** ist zur Rückzahlung des Erlangten verpflichtet.

Dem **Sch** könnten gegen **G1** auch deliktische Ansprüche zustehen. Allerdings scheidet ein Einspruch aus § 823 Abs. 1 BGB von vornherein aus, da keines der in dieser Vorschrift genannten Schutzrechte verletzt ist.

Als Anspruchsgrundlage könne § 823 Abs. 2 i.V. mit Schutzvorschriften der Konkursordnung (beispielsweise § 1, § 14 KO) in Betracht kommen. Die umstrittene Frage, ob diese Vorschriften der Konkursordnung Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB darstellen, kann im vorliegenden Falle dahinstehen, da das Konkursverfahren bereits eingestellt war, als **G1** den Betrag von 200.000,-- DM erlangte. Mit Einstellung des Konkursverfahrens können die konkursrechtlichen Vorschriften nicht mehr als Schutzgesetze im vorgenannten Sinne herangezogen werden.

Bei der 2. Fallvariante hatte **Sch** den Betrag in Höhe von 200.000,-- DM nicht freiwillig (irrtümlich) an **G1** gezahlt, vielmehr erlangte **G1** den Betrag durch eine außerkonkursmäßige Zwangsvollstreckung.

Auch hier könnten dem **Sch** gegen **G1** bereicherungsrechtliche Ansprüche zustehen. Allerdings scheidet hier mangels Leistung durch **Sch** die Leistungskondition aus. Zu bejahen ist ein Herausgabeanspruch auf der Grundlage des § 812, Abs. 1, Satz 1, 2. Alternative (Eingriffskondition) BGB.

Der **G1** hat die 200.000,-- DM durch Eingriff (Zwangsvollstreckung) in das Vermögen des **Sch** erlangt. Für diesen Eingriff stand ihm kein Rechtsgrund zur Seite, er entsprach nicht dem Zuordnungsgehalt der betroffenen Rechtsgüter. Der **G1** ist auch bei der 2. Fallvariante aufgrund der Eingriffskondition zur Rückzahlung des erlangten Betrages verpflichtet.

Bei der 3. Fallvariante hatte **Sch** nach Abschluß des Konkursverfahrens im Rahmen neu errichteter Vertragsbeziehungen irrtümlich eine Überzahlung in Höhe von 200.000,-- DM an **G1** erbracht. **G1** verweigert die Rückzahlung unter Hinweis auf die im Konkurs angemeldete Restkaufpreisforderung.

Der **G1** hat, wie bei der 1. Fallvariante, von **Sch** eine Leistung erlangt, ohne daß ihm hierfür ein Rechtsgrund zusteht. Der **Sch** kann, wie in der 1. Fallvariante, auf der Grundlage von § 812, Abs. 1, Satz 1, 1. Alternative (Leistungskondition) BGB die Rückzahlung der 200.000,-- DM verlangen.

Kapitel 2

Die Wirkung des deutschen Zwangsvergleiches auf deutsche Gläubiger, bei Erlangung von Sonderbefriedigung in der Schweiz.

Die folgenden Erörterungen beziehen sich auf die Fallvariante 4. des Grundfalles. Darin war es dem **G1** gelungen, das Schweizer Bankguthaben des **Sch** zu arrestieren und den **Sch** zur Auskehrung von 200.000,-- DM an ihn (**G1**) zu veranlassen. Grundsätzlich kommen auch hier die oben ¹¹⁹ dargestellten Anspruchsgrundlagen in Betracht. Besonderheiten können sich jedoch durch die Erlangung der Sonderbefriedigung im Ausland - in der Schweiz - ergeben.

Hier tritt zunächst die Untersuchung in den Vordergrund, welches Gericht örtlich und sachlich zuständig ist und nach welchem nationalen Recht dieses Gericht zu entscheiden hat. Diese Themenstellungen ist unabhängig vom Zeitpunkt der Sonderbefriedigung (Unterfallvariante a), b), c) ¹²⁰ zu beantworten.

Zu den Unterfallvarianten a) und b) - vor Aufhebung des Konkursverfahrens - ist zu prüfen, wer zur Geltendmachung ggf. bestehender Ansprüche aktiv legitimiert ist. Die Unterfallvariante b) - Geltendmachung des Rückzahlungsanspruchs vor Zahlung der Vergleichsquote - wirft das spezielle Problem auf, ob die im Ausland erlangte Sonderbefriedigung auf die noch ausstehende Quotenzahlung anzurechnen ist, während die Unterfallvariante c) - Rückzahlungsanspruch nach Auskehrung der Vergleichsquote - wiederum die schlichte Frage nach dem Rückzahlungsanspruch stellt.

¹¹⁹ Siehe Kapitel 1, II. 1-3.

¹²⁰ Siehe Seite 16 ff.

Zum besseren Gesamtverständnis wird zunächst die rechtliche Seite der Einzelzwangsvollstreckung in der Schweiz während des deutschen Konkursverfahrens erläutert.

I.

Rechtliche Beurteilung der Einzelzwangsvollstreckung in der Schweiz während des deutschen Konkursverfahrens

Im Grundfall, 4. Fallvariante, wurde die Möglichkeit des **G1** zugrunde gelegt, in der Schweiz durch Einzelzwangsvollstreckung Sonderbefriedigung zu erlangen. Diese Vorgehensweise hat zwei Voraussetzungen: Erstens die Möglichkeit, vor einem Schweizer Gericht überhaupt Forderungen gegen den deutschen Gemeinschuldner geltend zu machen, also die örtliche Zuständigkeit eines Schweizer Gerichtes. Zweitens, daß das deutsche Konkursverfahren durch das angerufene Schweizer Gericht außer Acht gelassen wird.

1. Örtliche Zuständigkeit des Schweizer Gerichtes für Arrest und anzuwendendes Verfahrensrecht

Der einzige Anknüpfungspunkt für die örtliche Zuständigkeit eines Schweizer Gerichtes, in unserem Beispielsfalle des Betreibungsamtes ¹²¹ und des Bezirksgerichtes Zürich ¹²², ist das bei einer Züricher Bank belagene Guthaben des **Sch** in Höhe von 200.000.-- DM. Sowohl **Sch** als auch **G1** haben weder einen Wohnsitz noch einen Geschäftssitz in der Schweiz.

In der Schweiz ist das Arrestverfahren im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 29.04.1920 (SchKG) geregelt. Es ist mit dem deutschen Arrestverfahren gem. § 916 ff ZPO vergleichbar. Artikel 52 SchKG bestimmt die örtliche Zuständigkeit für das Arrestverfahren dort, wo sich der Arrestgegenstand befindet. Da es sich bei dem Arrestverfahren um ein Betreibungsverfahren handelt, ist gem. Artikel 2 SchKG das Betrei-

121 Vgl. Kistler, S. 34 f.

122 vgl. Kistler, S. 34.

bungsamt zuständig. Der richtige Gang des Verfahrens wird durch die Aufsichtsbehörden gewährleistet. Ein Arrestanspruch (verfallene Forderung) vorausgesetzt, ist alleiniger Arrestgrund für den sogenannten Ausländerarrest (gem. Artikel 271 Nr. 4 SchKG), daß der Schuldner nicht in der Schweiz wohnt ^{122a}.

Die Betreibung kann angehoben (begonnen) werden, ohne daß durch ein richterliches Urteil die Rechtmäßigkeit der Zwangsvollstreckung festgestellt worden ist. In vielen Fällen zeigt sich jedoch im Laufe des Verfahrens, daß die Ansprüche des Gläubigers oder die Einreden des Schuldners nur vermeintlich bestehen. Solche strittigen Rechtsverhältnisse münden notwendig in eine zivilprozeßuale Auseinandersetzung. Das Vollstreckungsverfahren kann dann erst aufgrund des richterlichen Urteils fortgesetzt werden. Die aufgrund des Betreibungsrechtes zu erhebenden Klagen sind entweder materiellrechtlicher Natur, durch die über die Existenz von Ansprüchen befunden wird, oder aber betreibungsrechtlicher Natur, durch die der weitere Gang des Vollstreckungsverfahrens bestimmt wird. Die Zuständigkeit des Gerichtes regelt kantonales Recht ^{122b}.

Zur Sicherung gefährdeter Forderung räumt das Gesetz in Artikel 271 ff. SchKG dem Gläubiger unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit ein, Vermögensstücke des Schuldners amtlich beschlagnahmen zu lassen. Der Arrestbeschlagnahme soll er nicht zu spät kommen, muß "überfallartig" geschehen. Im summarischen Verfahren wird dem Arrestbeschlagnahme auf das Risiko hin stattgegeben, daß der Schuldner durch die ungerechtfertigte Beschlagnahme seiner Vermögensstücke geschädigt werden könnte. Deshalb fallen die Wirkungen des Arrestes sofort dahin, wenn der Arrestgläubiger nicht unverzüglich die Betreibung einleitet, sofern er dies gem. Artikel

122a Kistler, S. 34 f, Nussbaum Diss. S. 22, 24

122b Kistler, S. 34 f.

278 Abs. 1 SchKG nicht schon getan oder Klage eingereicht hat. Er ist überdies gehalten, das Verfahren innerhalb gesetzlicher Fristen fortzusetzen, indem er gegen einen Rechtsvorschlag (Einwendungen des Schuldners) den Arrest gem. Artikel 278 Abs. 2 SchKG durch Klage prosequiert. Die Arrestprosequierungsklage entspricht der Anerkennungsklage nach Artikel 79 SchKG und ist ebenso eine Zivilklage rein materiellrechtlicher Natur, die auf die Feststellung der Vollstreckung zugrundeliegenden Forderung zielt ^{122c}.

Die örtliche und internationale Zuständigkeit eines Schweizer Gerichtes bestimmt sich nach der lex fori ¹²³, also nach Schweizer Recht. Das gilt auch für das anzuwendende Verfahrensrecht ^{123a}. Regelungen über die örtliche Zuständigkeit des schweizerischen Gerichtes finden sich im schweizerischen Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG). Gem. Artikel 271 Abs. 4 SchKG kann der Gläubiger für eine "verfallene Forderung" Vermögensstücke des Schuldners mit Arrest belegen, wenn der Schuldner nicht in der Schweiz wohnt. Gem. Artikel 272 SchKG hat der Gläubiger den Arrestgrund glaubhaft zu machen. Nach Vollziehung des Arrestes (Artikel 274 SchKG) ist der Gläubiger gem. Artikel 278 SchKG gehalten, entweder die ordentliche Betreibung anzuheben (zu beantragen), was einen vollstreckbaren Titel voraussetzt, oder Klage auf Anerkennung des Forderungsrechtes zu erheben (Artikel 278 Abs. 2 SchKG). Der Gl ist nach Anbringung des Arrestes gehalten, die letztgenannte Möglichkeit zu ergreifen und im Rahmen des Arrestprosequierungsverfahrens Klage auf Anerkennung der Forderung zu erheben. ¹²⁴ Zuständig ist hier-

122c vgl. dazu Kistler, S. 48 ff; Büchi, II, S. 162.

123 Schütze, Rechtsverfolgung, S. 60; Schütze, Deutsches IZPR, S. 43 ff; Zöllner/Geimer, Rdnr. 101, 106, 175; Geimer/Schütze I, § 197, Geimer, IZPR, Rdnr. 941.

123a Zöllner/Geimer, IZPR, Rdnr. 5, 7.

124 Vgl. Kistler, S. 48 ff; Büchi, II, S. 162.

für das für den Ort des Arrestes zuständige Schweizer Gericht ¹²⁵.

Im Rahmen des anzuwendenden schweizerischen Verfahrensrechtes wäre auch ein Konkursverfahren und ein gerichtlicher Zwangsvergleich zu beachten. Gemäß Artikel 206 SchKG sind während des Konkursverfahrens alle anhängigen Vollstreckungen gegen den Gemeinschuldner aufgehoben, neue Betreibungen (Vollstreckungen) können während der Dauer des Konkursverfahrens nicht begonnen werden. Der bestätigte Nachlaßvertrag ist für sämtliche Gläubiger rechtsverbindlich, das ergibt sich für den gerichtlichen Vergleich aus Artikel 311 SchKG, der gemäß Artikel 317 SchKG für den Nachlaßvertrag im Konkurs (Zwangsvergleich) entsprechend anzuwenden ist. In der Schweiz wurde gegen den **Sch** kein Konkursverfahren eröffnet. Auf das deutsche Konkursverfahren wird weder im schweizerischen Verfahrensrecht Bezug genommen, noch wird die deutsche Konkurseröffnung sonst für in der Schweiz belegene Vermögensgegenstände des Gemeinschuldners beachtet ¹²⁶.

2. Anwendung des deutschen Sachrechtes durch das schweizer Gericht bei Beurteilung des Arrestanspruchs

a) Anwendung deutschen materiellen Rechts

Das örtlich zuständige Schweizer Gericht hat zu prüfen, ob dem **G1** gegen **Sch** eine Kaufpreisforderung in der geltend gemachten Höhe von 200.000,-- DM zusteht. Die Entstehung der Kaufpreisforderung mag zwar zwischen den Parteien unstreitig sein, umstritten ist dennoch, ob diese Kaufpreisforderung noch besteht. Aus deutscher Sicht ist sie durch den abgeschlossenen Zwangsvergleich (Erlaßvertrag) erlo-

¹²⁵ Vgl. Werner Nussbaum, S. 23.

¹²⁶ Vgl. die obenstehenden ausführlichen Erörterungen zu diesem Thema, Kapitel 2, I 2 b

schen. Aus Schweizer Sicht ist der Untergang der Forderung umstritten. Der Untergang einer Forderung beurteilt sich nach dem Recht, das für die Entstehung der Forderung gilt¹²⁷. Deshalb ist an dieser Stelle die Untersuchung notwendig, welchem Recht nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechtes die Entstehung der an sich unstreitigen Kaufpreisforderung unterliegt.

Welches Sachrecht¹²⁸ bei der Prüfung der Entstehung der Kaufpreisforderung und der Beurteilung ihres Unterganges durch das Schweizer Gericht anzuwenden ist, richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen des schweizerischen internationalen Privatrechtes. Nach den vom schweizerischen Bundesgericht und der Wissenschaft entwickelten Prinzipien unterstehen internationale Verträge mit Auslandsberührung in erster Linie dem von den Parteien bezeichneten Recht¹²⁹. Fehlt eine gültige Rechtswahl, so ist dasjenige Recht maßgebend, welches mit dem Vertrag den engsten räumlichen Zusammenhang aufweist¹³⁰. Dieser wird durch die den Vertragstyp charakterisierende Leistung hergestellt. Das schweizerische Kollisionsrecht unterscheidet somit zwischen subjektiver An-

127 Siehe oben Kapitel 3, I 2 a, 3

128 Zum Sachrecht gehören sowohl materielles wie auch Konkursrecht.

129 Keller/Siehr, S. 402 f; Schnitzer, S. 627 ff.; Schönenberger, Allgemeine Einleitung, Rdnr. 206; Vischer, IVR, S. 82 ff; Schulze, S. 20 f; BGE 79 II 297, mit grundlegenden Ausführungen; vgl. auch den Schweizer IPR-Gesetzentwurf, Art. 113 I, wonach auch für das Zustandekommen des Vertrages der Grundsatz gilt: "Der Vertrag untersteht dem von den Parteien gewählten Recht."

130 Keller/Siehr, S. 340; unter Hinweis auf die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichtes, BGE 32 II 415; BGE 78 II 74; und den Schweizer IPR-Gesetzentwurf, Art. 13 I; Schnitzer, S. 633 ff; Schulze, S. 101 ff; BGE 63 II 44; 63 II 305; 65 II 81; 67 II 181; 72 II 411; 75 II 57.

knüpfung (Parteiwahl) und objektiver Anknüpfung (bei Fehlen einer Parteiwahl) ¹³¹. Eine differenziertere Auseinandersetzung mit dem schweizerischen internationalen Privatrecht erübrigt sich im vorliegenden Fall, da der zwischen **Sch** und **G1** geschlossene Kaufvertrag, aus dem die streitige Forderung resultiert, keinerlei Anknüpfungspunkte zum schweizerischen Rechtsraum enthält ¹³². Der Vertrag wurde zwischen Deutschen in Deutschland abgeschlossen. Für die Anwendung des schweizerischen nationalen Sachrechtes besteht somit kein Raum. Die Kollisionsregeln des schweizerischen IPR verweisen aufgrund des vorliegenden Sachverhaltes auf deutsches materielles Recht, es erfolgt eine Gesamtnormenverweisung. Diese Regelung des Schweizer IPR entspricht der Beurteilung nach deutschem internationalem Privatrecht gem. Artikel 27 f EGBGB ¹³³.

Aus deutscher Sicht unterliegt der zwischen **Sch** und **G1** geschlossene Kaufvertrag ohne weiteres deutschem materiellem Recht.

Das Schweizer Gericht hat mithin für die Beurteilung der Entstehung und des Unterganges der Kaufpreisforderung deutsches materielles Recht anzuwenden.

b) Anwendung deutschen Konkursrechtes

Wie oben ¹³⁴ dargelegt, erfaßt die Beschlagnahme gem. §§ 1, 3, 6 KO das gesamte der Vollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners. Es bildet die Konkursmasse, unabhängig von seiner Belegenheit.

¹³¹ Vischer, IPR, Bd. I, S. 661 ff; umfassend Schulze, S. 14 ff, 72 ff.

¹³² Lürer, KTS 1979, 22 ff.

¹³³ Vgl. Gesetz zur Neuregelung des internationalen Privatrechts (v. 25.07.1986).

¹³⁴ Kapitel 1, III 2 a).

Nach dem im deutschen Konkursrecht für das inländische Konkursverfahren postulierten Universalitätsprinzip¹³⁵ gehört auch das Bankguthaben des Sch bei der Züricher Bank zur Konkursmasse (Sollmasse)¹³⁶. Die Frage ist, ob die nationale Schweizer Gerichtsbarkeit diese Rechtsfolge der deutschen Konkursordnung anerkennt.

Das schweizerische Konkursrecht ist nicht selbständig kodifiziert, sondern bildet einen Bestandteil des gesamten Schuldbetreibungsrechts¹³⁷. Bestimmungen des schweizerischen Konkursrechts, die den grenzüberschreitenden Konkursfall ausdrücklich oder versteckt erfassen, geben keine eindeutige Antwort auf die Frage nach dem im schweizerischen internationalen Konkursrecht (IKR) anzuwendenden Prinzip. Diese ist vielmehr dem Gesamtsystem des Konkursrechts und der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichtes zu entnehmen¹³⁸.

Die Urteile des schweizerischen Bundesgerichtes bringen klar zum Ausdruck, daß ausländische Entscheidungen in Konkursverfahren in der Schweiz keine Anerkennung finden und keine Vollstreckungswirkung entfalten, soweit nicht in den Staatsverträgen anderes geregelt ist¹³⁹. Als Beleg mögen die nachfol-

135 Vgl. FN 11, 12, 13, das deutsche Universalitätsprinzip wird nicht von allen Auslandsstaaten akzeptiert, so z.B. der Schweiz.

136 Vgl. FN 11, 12.

137 Vgl. J.A. Büchi, 1. Band, 1975, S. 3 ff.

138 Nussbaum, Diss., S. 44; diejenigen Bestimmungen, die auf das im schweizerischen IKR herrschende Prinzip der Universalität hinweisen, sind Artikel 197 Abs. 1 und Artikel 222 Abs. 1 SchKG.

139 In bezug auf die Bundesrepublik Deutschland ist auf folgende (historische) Staatsverträge hinzuweisen:

"Die Übereinkunft zwischen der schweizerischen Eidgenossenschaft und der Krone Württemberg betreffend die Konkursver-

gend beispielhaft genannten Schweizer Bundesgerichtsentscheide dienen.

Im Entscheid ¹⁴⁰ vom 19.12.1912 ¹⁴¹ legte das Bundesgericht dar, der im Ausland gerichtlich bestätigte Nachlaßvertrag ¹⁴² komme grundsätzlich einem Konkursentscheid ¹⁴³ gleich und bleibe daher angesichts des in der Schweiz herrschenden Territorialitätsprinzips ohne Bedeutung, es sei denn staatsvertraglich wäre etwas Anderes geregelt. Ähnlich hat

hältnisse und gleiche Behandlung der beiderseitigen Staatsangehörigen im Konkursfall vom 12.12.1825/13.05.1826." Dessen gegenwärtige Geltung ist unstreitig, vgl. Bürgi, BLSchK, 1974, 1 ff. Dieses Übereinkommen ist allerdings nicht auf den Zwangsvergleich bzw. Nachlaßvertrag im Konkurs anwendbar, vgl. Nussbaum, Diss., 127/128. Weitere Übereinkünfte bestehen zwischen der schweizer Eidgenossenschaft und der Krone Bayern von 1834, dem Großherzogtum Baden von 1808 und dem Königreich Sachsen von 1837. Klarheit besteht heute bezüglich der vorgenannten drei Verträge lediglich für den mit dem Großherzogtum Baden. Dieser wurde im Jahre 1901 vom Bundesgericht als weiterhin in Kraft stehend bestätigt (BGE 27 I 513) und dann in Folge dieses Urteils durch eine Erklärung der beiden Regierungen außer Kraft gesetzt (BB1 1902 III 990).¹⁴⁰ Das Abkommen zwischen dem deutschen Reich und der schweizerischen Eidgenossenschaft über die gegenseitige Anerkennung der Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen vom 02.11.1929 ist hier nicht einschlägig, da es nur die gegenseitige Anerkennung der Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen, nicht aber das summarische Vollstreckungsverfahren Konkurs betrifft. Es ist ebenfalls nicht anwendbar auf Arreste und einstweilige Verfügungen (vgl. Jayme/Hausmann, Nr. 82, S. 273 ff).

140 "Entscheidung", also Urteil oder Beschluß.

141 BGE 38 II 717.

142 Entspricht dem gerichtlichen Vergleich, vgl. Art. 293 ff SchKG.

143 Der Konkursentscheid entscheidet über das Konkursbegehren (Konkursantrag) gem. Art. 159 ff SchKG (nach Betreibung) oder Art. 190 ff SchKG (ohne vorherige Betreibung). Den das Konkursbegehren gutheissenden Bescheid nennt man das Konkurserkennntnis, mit ihm gilt das Konkursverfahren als eröffnet, mit all seinen materiell- und formellrechtlichen Wirkungen, Art. 175 i.V.m. 1977 ff SchKG; vgl. Amonn, S. 270 ff.

sich in neuerer Zeit auch die Aufsichtsbehörde des Kantons Bern für Schuldbetreibung und Konkurs geäußert ¹⁴⁴, wonach ein Arrest - trotz eines in Belgien gerichtlich bestätigten Nachlaßvertrages - in der Schweiz vollzogen werden konnte. Im Entscheid vom 18.07.1910 ¹⁴⁵ wies das Bundesgericht darauf hin, daß ein im Ausland eröffneter Konkurs grundsätzlich keine Wirkung im Inland habe, weshalb er die nach Artikel 265 Abs. 2 und 3 SchKG mögliche Einrede des mangelnden neuen Vermögens verwarf ¹⁴⁶. Dieser Entscheid wurde durch Urteil des Bundesgerichtes vom 16.11.1964 ¹⁴⁷ im Ergebnis bestätigt.

Durch Beschluß vom 01.12.1911 ¹⁴⁸ entschied das Bundesgericht, die ausländische Konkursverwaltung ¹⁴⁹ könne auf keinen Fall Vermögen des Gemeinschuldners in der Schweiz kraft ihrer öffentlich-rechtlichen Stellung in Beschlag nehmen. Das Schweizer Vermögen des Gemeinschuldners könne vielmehr nur Objekt eines betreibungsrechtlichen Verfahrens in der Schweiz sein. Der ausländische Konkurs verhindere keinesfalls die Betreibung in der Schweiz. Diese Entscheidung macht deutlich, daß deutsches Verfahrensrecht, das den Konkursverwalter für sein Vor-

144 BLSchK 1977, 84 ff.

145 BGE 36 I 794.

146 Für den bei der Schlußverteilung (im Konkursverfahren) nicht gedeckten Teil der Forderungen werden Verlustscheine ausgegeben (Art. 265 I SchKG). Aus diesen kann eine "neue Betreibung" gegen den Gemeinschuldner jedoch nur begonnen werden, wenn er zu neuem Vermögen gekommen ist, gegen die neue Betreibung kann sich der Schuldner mit der Einrede des mangelnden neuen Vermögens verteidigen.

147 BGE 90 III 105.

148 BGE 37 II 587.

149 In diesem Falle der deutsche Konkursverwalter. Nach dem Art. 237 II SchKG obliegt die Konkursverwaltung in der Regel dem Konkursamt und nicht einer Privatperson (Konkursverwalter), weshalb von der "Konkursverwaltung" gesprochen wird. Vgl. Büchi, Bd II, S. 65.

gehen legitimiert, nach dem herrschenden Territorialitätsprinzip niemals Rechtsgrundlage für die "Admassierung" ¹⁵⁰ schweizerischen Vermögens des Gemeinschuldners in die deutsche Konkursmasse sein kann.

Diese Praxis wurde durch Entscheid vom 29.10.1914 ¹⁵¹ bestätigt, worin ebenfalls darauf hingewiesen wird, daß die in der Schweiz gelegenen Vermögenswerte des Gemeinschuldners den Gläubigern zwecks Arrestierung, Prosequierung ¹⁵² und Verwertung nach schweizerischen Recht vorbehalten bleiben, trotz bereits eröffneten Konkurses im Ausland.

Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid vom 12.03.1976 ¹⁵³ grundsätzlich an der Anwendung des Territorialitätsprinzips im oben dargestellten Sinne festgehalten, diese Rechtslage jedoch selbst als unbefriedigend bezeichnet. In seinem Entscheid vom 7.12.1981 ¹⁵⁴ hat das Bundesgericht die Frage des Territorialitätsprinzips, das das schweizerische Recht im allgemeinen befolge, als in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Falle nicht entscheidungserheblich dahingestellt sein lassen.

Nach gegenwärtiger Schweizer Rechtslage kann ein deutscher Gemeinschuldner über sein Vermögen in der Schweiz unbeschränkt weiter verfügen ¹⁵⁵, obwohl da-

150 Inbeschlagnahme der Vermögensgegenstände für die Konkursmasse.

151 BGE 40 III 365.

152 Vgl. FN 114.

153 BGE 102 III 71.

154 BGE 107 II 486.

155 Vgl. Hanisch, 100 Jahre KO, S. 162, Ziffer 1; BGE 100 Ia 18 ff; M. Pielorz, der diese Verhältnisse aufgrund des deutschen IKR untersucht.

durch die "Soll-Konkursmasse" zu Lasten der Konkursgläubiger beeinträchtigt werden kann. Das deutsche Konkursverfahren (als Verfahrensrecht) wird in der Schweiz nicht anerkannt. Demzufolge entfaltet der deutsche Konkurs in der Schweiz keinen Konkursbeschluss. Der Konkursverwalter ist nicht befugt, das ausländische Vermögen des Gemeinschuldners zu Gunsten der Konkursmasse zu beschlagnahmen oder im Rahmen des Konkursbeschlusses in Besitz zu nehmen, obwohl es nach deutschem Konkursrecht zur Konkursmasse gehört.

Die Auswirkungen dieser Rechtslage sind von der deutschen Literatur häufig kritisiert worden. Insbesondere wurde der Versuch unternommen, im Rahmen des internationalen Konkursrechtes (IKR) den Grundsatz der *par condicio creditorum* anzuwenden und so unmittelbar auch zur Anerkennung des deutschen Konkursverfahrens durch die schweizer Gerichte und Vollstreckungsbehörden zu gelangen¹⁵⁶.

Die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichtes¹⁵⁷ teilt zwar die Bedenken, die sich aus der strikten Anwendung des Territorialprinzips und damit der Nichtanerkennung des ausländischen Konkursverfahrens ergeben. Es hat jedoch bis heute seine Rechtsprechung nicht geändert und verweist auf den Gesetzgeber. Ein schweizerisches IPR-Gesetz, das auch Regelungen zum internationalen Konkursrecht enthält¹⁵⁸, liegt im Entwurf vor.

¹⁵⁶ Vgl. dazu u.a. Hanisch, Parallel-Insolvenzen, S. 381 insbesondere 392; ders. 100 Jahre KO, S. 139, insbesondere 367; ders. KTS 1978, 193 ff, Gegenseitigkeit, *comitas* Gläubiger-gleichbehandlung im internationalen Insolvenzrecht. *Comitas* = englisch: *Comity* = Respekt; *comitas gentium* = die Regeln eines freundschaftlichen Verkehrs der Staaten untereinander.

¹⁵⁷ BGE 102 III 71

¹⁵⁸ Bundesamt für Justiz, Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, Expertenkommissionsbericht Mai 1980; vgl. Hanisch, KTS 1979, S. 232 ff., Botschaft des

Die Artikel 159 bis 168 des Entwurfes regeln das internationale Konkurs- und Nachlaßvertragsrecht. Nach Art. 159 wird auf Antrag der ausländischen Konkursverwaltung oder eines Konkursgläubigers ein ausländisches Konkursdekret (Konkurseröffnungsbeschluß), das am Wohnsitz des Schuldners ergangen ist, in der Schweiz anerkannt, sofern der Heimatstaat des Gemeinschuldners die rechtlichen Mindestvoraussetzungen erfüllt. Insofern stellt der Gesetzentwurf einen deutlichen Schritt in Richtung auf die Anerkennung des internationalen Universalitätsprinzips dar, der jedoch in den folgenden Artikeln 163 ff stark territorial eingeschränkt wird. Danach führt die Anerkennung des ausländischen Konkursverfahrens zur Eröffnung eines eigenen schweizerischen Konkursverfahrens, das für das in der Schweiz gelegene Vermögen des Gemeinschuldners konkursrechtliche Folgen nach schweizerischem Recht nach sich zieht. Es findet also ein schweizerischer Parallelkonkurs statt ¹⁵⁹. Nach Artikel 165 werden in den Kollokationsplan, dem Masseverteilungsplan auf der Grundlage der Konkurstabelle, neben den gesicherten Forderungen nur die bevorrechtigten Forderungen der Klasse I bis IV gem. Art. 219 SchKG der Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz aufgenommen. Gem. Art. 166 wird ein Überschuß nach Befriedigung der Gläubiger entsprechend der Art. 165 Abs. 1 der ausländischen Konkursverwaltung oder den berechtigten Konkursgläubigern zur Verfügung gestellt.

Für die Befriedigung der gesicherten und bevorrechtigten Gläubiger im schweizer Partikularkonkursver-

Bundesrechts vom 10.11.1982. Das Gesetz wurde vom Parlament am 18.12.1987 verabschiedet. Die Referendumsfrist läuft am 11.04.1988 ab, bis zu diesem Zeitpunkt kann durch eine Unterschriftenaktion die Volksabstimmung über das Gesetz verlangt werden. Das Inkrafttreten des Gesetzes ist demgemäß noch nicht bestimmt.

159 Hanisch, KTS 1979, nennt dieses Verfahren das partikularisch schweizerische Konkursverfahren.

fahren, regelt Art. 165 Abs. 3 die Anrechnung der im Ausland erlangten Befriedigung. Ist ein Gläubiger in einem ausländischen Verfahren teilweise befriedigt worden, so ist dieser Teil im schweizerischen Verfahren auf die Konkursdividende anzurechnen.

Gem. Art. 168 gelten für ein von der zuständigen ausländischen Behörde erlassenes Dekret aufgrund eines Nachlaßvertrages oder eines ähnlichen Verfahrens
160 die Art. 159 bis 163 sinngemäß.

160 Das entspricht dem deutschen gerichtlichen Vergleichsverfahren und auch dem konkursrechtlichen Zwangsvergleich.

II.

Geltendmachung des Rückzahlungsanspruches bezüglich der im Ausland erlangten Sonderbefriedigung

Wie oben ¹⁶¹ dargestellt, ist die Erlangung der Sonderbefriedigung in der Schweiz rechtlich zulässig und wirksam. Das bedeutet aber noch nicht, daß der sonderbefriedigte Gläubiger **G1** nicht auf Rückzahlung in Anspruch genommen werden kann. Die Geltendmachung eines Rückzahlungsanspruches in der Schweiz - vorausgesetzt dort wäre ein Gerichtsstand gegeben - ist aus den oben ¹⁶² dargelegten Gründen erfolglos. Das Schweizer Gericht bejaht den Anspruch des **G1**, ohne den deutschen Konkurs und Zwangsvergleich zu beachten. Daraus folgt, daß ein Rückzahlungsanspruch vor Schweizer Gerichten ausgeschlossen ist. Es stellt sich somit die Frage, ob der **G1** vor einem örtlich zuständigen deutschen Gericht auf Rückzahlung in Anspruch genommen werden kann und welches Recht dieses Gericht anzuwenden hat.

1. Örtliche Zuständigkeit des deutschen Gerichtes für den Rückzahlungsanspruch

Unabhängig von der Frage, wer zur Geltendmachung der möglichen Ansprüche aktivlegitimiert ist, Gemeinschuldner oder Konkursverwalter, regelt sich die örtliche Zuständigkeit für den Rückzahlungsanspruch nach deutschem Verfahrensrecht. Denn bei **G1** handelt es sich um einen deutschen Staatsbürger, der seinen Sitz/Wohnsitz in Deutschland hat. Als Schuldner kann er also nach den allgemeinen Regeln der deutschen Zivilprozeßordnung (§§ 13, 17 ZPO) an seinem Wohnsitz auf Rückzahlung in Anspruch genommen werden. Die Erlangung der Sonderbefriedigung im Ausland steht dem nicht entgegen.

161 Kapitel 2, I 2 a, .

162 Kapitel 2, I 2 a,b.

2. Anzuwendendes Recht

a) Die Anwendbarkeit des konkursrechtlichen Vollstreckungsverbotes (§ 14 KO) auf Einzelvollstreckungen in der Schweiz

Lange Zeit war umstritten, welches Recht im Falle einer Sonderbefriedigung in der Schweiz Anwendung finden könne.

Das Reichsgericht vertrat in seinem Urteil vom 28.03.1903¹⁶³ die Auffassung, es liege außerhalb der Gesetzgebungsmacht eines Staates zu bestimmen, während der Dauer eines im eigenen Land eröffneten Konkursverfahrens seien Arreste und Zwangsvollstreckungen auch in das im Ausland befindliche Vermögen des Gemeinschuldners nicht statthaft. Hierüber Bestimmungen zu treffen, müsse notwendigerweise der Gesetzgebung des Auslandes überlassen werden. Daraus zog das Reichsgericht die Schlußfolgerung, § 14 KO betreffe nur inländische Arreste und Zwangsvollstreckungen. Danach sollte die Anwendung des deutschen Konkursrechts auf Einzelvollstreckungsakte im Ausland gegen den Gemeinschuldner nicht anwendbar sein. In Anbetracht der wirksamen Auslandsvollstreckung und mangels entgegenstehender anderer deutscher Rechtsvorschriften - außer § 14 KO - sah das Reichsgericht für den Konkursverwalter keine Anspruchsgrundlage, gegen den sonderbefriedigten Gläubiger einen Rückzahlungsanspruch geltend zu machen. Diese Auffassung führte in ihrer Weiterentwicklung sogar dazu, die Anrechnung von im Ausland erlangter Sonderbefriedigung auf die in Deutschland zu bean-

¹⁶³ RGZ 54, 193; in Anlehnung daran erging die Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichtes vom 17.02.1908, LZ 1908, Sp. 550 ff; diesen Entscheidungen folgte die Kommentarliteratur bis zur BGH-Entscheidung v. 13.07.1983, BGHZ 88, 147, nahezu uneingeschränkt: Jäger/Weber, § 193, Rdnr. 22; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, 8. Auflage, § 283, Rdnr. 6; Nußbaum, S. 451 f.

spruchende Zwangsvergleichsquote als unzulässig anzusehen, zumindest solange der sonderbefriedigte Gläubiger nicht mehr erhielt, als ihm aufgrund seiner ursprünglichen (Konkurs-) Forderung zustand ¹⁶⁴.

Gegen diese Auffassung wandte sich die Literatur ¹⁶⁵ mit dem Argument, § 14 Abs. 1 KO verbiete während des Konkursverfahrens in Deutschland auch die Auslandsvollstreckung, da nur so der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger im Konkurs in Anbetracht der Vollstreckungsmöglichkeiten in Auslandsvermögen gewahrt werden könne. Von nicht entscheidender Bedeutung sei die Unvollkommenheit des Vollstreckungsverbotes in Auslandsvermögen, die sich aus der eingeschränkten Durchsetzbarkeit des Verbotes ergebe. Nur soweit ausländische Rechtsordnungen dem deutschen Konkursrecht und damit dem Eröffnungsbeschluß unmittelbare Wirksamkeit zuerkennen, kommt auch dem Vollstreckungsverbot in § 14 KO unmittelbare Geltung zu. Das ändere jedoch nichts an der Anwendbarkeit des § 14 KO auf Vollstreckungsmaßnahmen im Ausland, soweit darüber inländische (deutsche) Gerichte zu befinden haben. Aus § 14 KO könne aus seinem Wortlaut keine einschränkende Anwendung allein auf Inlandsvollstreckungen hergeleitet werden. In bezug auf die Anrechenbarkeit von Auslandserlösen (aus Vollstreckungsmaßnahmen) im Inlandsinsolvenzverfahren wurde darauf verwiesen, was in demselben Maße für den Rückzahlungsanspruch zu gelten hat, daß hier keine Frage von Territorialität oder Universalität des Insolvenzverfahrens anstehe. Vielmehr sei diese Frage ausschließlich eine solche des

164 Urteil des Bayerischen Obersten Landesgerichtes vom 17.02.1908, LZ 1908, Sp. 550 ff, teilweise auch abgedruckt in der Anmerkung von Kalter, KTS 1978, 249, insbesondere 255 f.

165 Hanisch, 100 Jahre KO, S. 140, 154 ff; Böhle-Stamschräder/Kilger, § 14, Rdnr. 2 a; Luer KTS 1978, 200, insbesondere 214; Canaris, ZIP, 1983, 647, insbesondere 650.

inländischen Insolvenz-Sachrechts, das seinem Gehalt nach keinen transnationalen Bezug mehr besitze, sondern lediglich den Inlandsbezug der Anrechnung auf die im Inlandsverfahren ausgeschüttete Quote. Entgegen der oben zitierten Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichtes ¹⁶⁶ führte diese Auffassung der Literatur zu der Ansicht, in Deutschland gelte nicht schweizerisches Insolvenzrecht, sondern deutsches Recht für die Anrechnungsfrage, somit sei der tragende Grundsatz der *par conditio creditorum* und § 362 BGB ¹⁶⁷ anzuwenden; das Erlangte ist als Erfüllung entweder auf die Konkursquote, zumindest aber auf die -forderung als Erfüllung anzurechnen.

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 13.07.1983 ¹⁶⁸ die Bedenken der Literatur übernommen. In einem Fall der Sonderbefriedigung eines Gläubigers in der Schweiz während des gleichzeitig durchgeführten Konkursverfahrens in Deutschland gab der BGH dem Konkursverwalter gegen den Gläubiger auf der Grundlage von § 14 KO und § 812 Abs. 1 Satz 2. Alternative (Eingriffskondiktion) BGB einen Herausgabeanspruch bezüglich des Erlangten. Die Anwendung des deutschen Konkursrechts und des deutschen Bereicherungsrechts wurde somit uneingeschränkt bejaht. Die Entscheidung hat begeisterte Zustimmung in der Literatur gefunden. Sie wird zusammen mit dem BGH-Urteil vom 11.07.1985 ¹⁶⁹ als Wende im deutschen internationalen Insolvenzrecht bezeichnet ¹⁷⁰.

166 Vgl. Fußnote 144.

167 Hanisch, KTS 1978, 193, insbesondere 198.

168 BGHZ 88, 147 = NJW 1983, 2147 = ZIP 1983, 961 = WM 1983, 858 ff.

169 BGH NJW 1985, 2897 ff.

170 Hanisch, ZIP, 1983, 1289 ff; derselbe ZIP 1985, 1233 ff; Pielorz, IPRax, 1984, 241 ff; Kuhn/Uhlenbruck, § 1 Rdnr. 3 a.

In der BGH-Entscheidung fehlen allerdings Ausführungen zu der Frage, aus welchen Gründen uneingeschränkt deutsches Bereicherungsrecht (Eingriffskon-diktion) Anwendung findet. Als Begründung wird ¹⁷¹ angeführt, die bereicherungsrechtliche Konsequenz konkurs- und vergleichsrechtlicher Vorschriften müsse als Annex einer vom deutschen Recht getroffenen Zuweisungsentscheidung diesem Recht unterworfen sein. Die dagegen gerichtete Kritik ¹⁷² verweist bezüglich des anwendbaren materiellen Rechts auf die im Bereich der Eingriffskon-diktion geltende deutsche IPR-rechtliche Betrachtung. Danach sei das Recht maßgeblich, unter dessen Herrschaft die Vermögens-verschiebung stattgefunden habe ¹⁷³. Ausnahmen von dieser Grundregel seien denkbar, wenn eine so enge Sachbeziehung zwischen der Frage der Eingriffskon-diktion und den Vollstreckungsverboten bestehe, daß der Anspruch als Annex des Insolvenzverfahrens dem Insolvenzstatut unterstellt werden müsse ¹⁷⁴. Die Berechtigung der Kritik an der zwingenden Dominanz des Insolvenzstatuts wird deutlich, wenn man berücksichtigt, daß hier nicht nur eine räumliche Anknüpfung an den Ort des Eingriffsgeschehens gesucht wird. Vielmehr basiert das Eingriffsgeschehen auf den ausländischen Regeln, durch die das inländische Vollstreckungs- bzw. Insolvenzstatut umgangen werden sollen.

In Anbetracht der Kritik erscheint es zutreffend, bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Anwendung

171 Canaris, S. 651; Hanisch, ZIP 1983, 1289, insbesondere 1290.

172 Westermann, S. 989, insbesondere 998 ff.

173 Vgl. FN 152 unter Hinweis auf BGH, WM 1957, 1047, 1049; Münchener Kommentar/Martiny, vor Art. 12 EGBGB, Rdnr. 319.

174 Vgl. dazu Ferid, Rdnr. 6-228 ff; Soergel/Kegel, vor Art. 7 EGBGB, Rdnr. 546; Erman/Arndt, vor Art. 12 EGBGB, Rdnr. 13.

der Eingriffskondition oder anderer Anspruchsgrundlagen im Einzelfall genau zu prüfen, ob sich diese nach deutschem materiellen Recht beurteilt. Zurückkommend auf den zu untersuchenden Grundfall, Fallvariante 4, ist eine differenzierte Betrachtungsweise, bezogen auf die jeweilige Anspruchsgrundlage für das Rückzahlungsbegehren angebracht.

b) Die Anwendung deutscher materieller Anspruchsgrundlagen zur Geltendmachung der Rückzahlung der im Ausland erlangten Sonderbefriedigung

aa) Vertragliche Ansprüche

Wird im Rahmen des Zwangsvergleiches ein selbständiger materiell-rechtlicher Vertrag anerkannt ¹⁷⁵, richten sich die anzuwendenden materiellen Vorschriften nach dem Schuld- bzw. Forderungsstatut. Die Vertragsparteien sind Deutsche mit Sitz in Deutschland. Der Kaufvertrag, aus dem die (Konkurs-) Forderung resultiert, wurde in Deutschland abgeschlossen und erfüllt. Der im Rahmen des Zwangsvergleiches abgeschlossene Erlaßvertrag wurde von den deutschen Vertragsparteien in Deutschland abgeschlossen. Damit verweisen sämtliche Anknüpfungspunkte auf deutsches Recht, es bestehen deshalb keine Zweifel an der Anwendbarkeit des deutschen materiellen Rechts.

bb) Bereicherungsrechtliche Ansprüche

(1) Leistungskondition (§ 812 Abs. 1, Satz 1, 1. Alternative)

Soweit Ansprüche auf Leistungskondition (§ 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alternative BGB) ge-

175 Wie unter Kapitel 1, VI 4, 5 und Kapitel 3, II, 2, 3.

stützt werden können, richtet sich das anwendbare materielle Recht nach dem Rechtsverhältnis, aufgrund dessen die erbrachte Leistung nach Bereicherungsrecht ausgeglichen werden soll. Die Kondiktion wird somit durch das Leistungsgeschäft beherrscht¹⁷⁶. Das Erfüllungsgeschäft ist untrennbar verbunden mit der zu erfüllenden Forderung, die in dem zu beurteilenden Beispielsfall aus einem Kaufvertrag resultiert, der unzweifelhaft deutschem Recht unterliegt¹⁷⁷. Das Leistungsgeschäft beurteilt sich somit eindeutig nach deutschem materiellem Recht; danach müßte sich auch die Leistungskondiktion beurteilen. Allerdings ist dieser Ansatz nicht ganz zutreffend; denn es wird nicht etwa ein fehlgeschlagenes Rechtsgeschäft (Kaufvertrag) rückabgewickelt. Vielmehr besteht aufgrund eines völlig intakten Schuldverhältnisses "Kaufvertrag" eine Kaufpreisforderung, deren Durchsetzbarkeit im Inland durch das inländische Konkursverfahren eingeschränkt, im Falle des Zwangsvergleichs durch Erlaß erloschen ist. Anknüpfungsgrundlage auch für die Leistungskondiktion ist somit das deutsche Konkursverfahren. Soweit sich ein örtlich zuständiges deutsches Gericht mit der Frage der Durchsetzbarkeit der Konkursforderung (Kaufpreisforderung) zu beschäftigen hat, ist es gehalten, das deutsche Konkursrecht zugrunde zu legen und dementsprechend für die bereicherungsrechtliche Frage deutsches Bereicherungsrecht anzuwenden. Die zur Anwendung der

176 Ferid, internationales Privatrecht, Rdnr. 6-210,-227; Kegel, S. 411; vgl. im Übrigen FN 152, 153, 154.

177 Der Kaufvertrag, aus dem die (Konkurs-) Forderung resultiert, ist zwischen deutschen Vertragspartnern in Deutschland abgeschlossen und auch dort zu erfüllen. Er weist keinerlei Anknüpfungspunkte an das Ausland auf.

Eingriffskondiktion dargestellten ¹⁷⁸ Bedenken greifen auch bei der Anspruchsgrundlage Leistungskondiktion (§ 812 I 1, 1. Alternative BGB). Es erscheint jedoch sachgerecht, wegen der engen Verknüpfung dieser Anspruchsgrundlage mit dem deutschen Insolvenzstatut auch deutsches materielles Recht anzuwenden. Schließt man sich dagegen den Bedenken der Literatur ¹⁷⁹ an, so scheitert der bereicherungsrechtliche Anspruch, weil nach dem dann anzuwendenden Schweizer Recht der Rechtsgrund für das Erlangte in der Kaufpreisforderung besteht.

(2) Eingriffskondiktion (§ 812 Abs. 1 Satz 1, 2. Alternative BGB)

Die Frage nach Anwendbarkeit der Eingriffskondiktion stellt sich erst, wenn der Grundfall, 4. Fallvariante, mit dem abgeänderten Sachverhalt zugrunde gelegt wird, wonach der G1 aufgrund des Arrestes und des sich anschließenden Kollokationsverfahrens (Verteilungsverfahren) den Betrag von 200.000,-- DM erlangte.

Im Rahmen der Eingriffskondiktion gelten die oben ¹⁸⁰ gemachten Ausführungen. Der Sachverhalt entspricht dem des BGH-Urteils vom 13.07.1983 ¹⁸¹. Anknüpfungspunkt des nationalen Bereicherungsrechtes ist auch hier das deutsche Insolvenzverfahren. Damit hat ein örtlich zuständiges deutsches Gericht deut-

178 Vgl. oben, Kapitel 2, II 2 a, FN 172, 173, 174

179 Vgl. FN 152, 153.

180 Kapitel 2, II. 2a, 2b, bb 1..

181 BGHZ 88, 147.

ches Bereicherungsrecht im Sinne der Eingriffskondition anzuwenden. Folgt man den Bedenken der Literatur ¹⁸², so entfällt der Bereicherungsanspruch.

cc) Deliktische Ansprüche

Deliktische Ansprüche kommen nur bei der Abwandlung des Sachverhaltes Grundfall, 4. Fallvariante (Erlangung der 200.000,--DM durch Vollstreckung), wie oben bei der Eingriffskondition, in Betracht.

Aus Schweizer Sicht ist die Vorgehensweise des 61, die Erlangung der 200.000,-- DM unter Mitwirkung der schweizerischen Vollstreckungsorgane, rechtens. Ist deutsches Deliktsrecht anwendbar, so könnte sich in Anbetracht des Verstoßes gegen § 14 KO ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit § 14 KO ergeben. Die Kollisionsregeln knüpfen an den Handlungs- und Erfolgsort der Tat an ¹⁸³; diese liegen allerdings in der Schweiz. Insofern wäre die Anwendung deutschen Deliktsrechtes zu versagen ¹⁸⁴. Anknüpfungspunkt für die Anwendung des deutschen Deliktsrechtes könnte allerdings die Schadenszufügung im Ausland unter Deutschen sein, die von der Rechtsprechung auf die sogenannte Rechtsanwendungsverordnung vom 7.12.1942 ¹⁸⁵ gestützt wird. Die auf die

182 Vgl. FN 152, 153.

183 Kegel, S. 455 ff.

184 Es sei denn, man ginge davon aus, der Erfolg verwirkliche sich auch im Inland, da durch den ausländischen Vermögensverlust die deutsche Sollmasse des Gemeinschuldners geschädigt werde. Artikel 38 EGBGB n.F. bringt keine Einschränkung eines nach Deutschem IPR bestehenden Anspruchs, da dieser immer weitergehender sein wird als die gänzliche Ablehnung von Ansprüchen nach Schweizer Recht.

185 RGBI I. 1942, S. 706; vgl. dazu Ferid, Rdnr. 6/154; Neuhaus,

Kriegsgeschehnisse zurückzuführende Verordnung ist weiterhin in Kraft, sie wird von den Gerichten trotz erheblicher Kritik aus der Literatur angewandt ¹⁸⁶.

Die Fortgeltung dieser Verordnung kann jedoch dahinstehen. Denn an den Tatort (Handlungs- und Erfolgsort) wird aus Gründen des Verkehrsinteresses angeknüpft: Der Bewegungsraum des Täters und der Schutzbereich des Verletzten wird beurteilt nach dem Recht, das dort gilt, wo gehandelt und gelitten wird.

Das Interesse am Verkehrsschutz tritt zurück, wenn sich Personen mit gleichem Personalstatut vorübergehend im Ausland aufhalten und dort einer gegen den anderen unerlaubt handelt. Hier überwiegt das Parteiinteresse an der Anwendung des gemeinsamen Personalstatuts. Nach ihm ist daher das Delikt zu beurteilen ¹⁸⁷.

Der Inhalt der Verordnung gilt also ohnehin (nicht nur für Deutsche) für alle Personen mit gemeinsamen Personalstatut ¹⁸⁸.

Nach dem vorliegenden Sachverhalt, bei dem Schädiger und Geschädigter demselben Personalstatut zuzuordnen sind, Handlungs- und Erfolgsort zwar in der Schweiz liegen, dies aber nur aufgrund der bewußten Umgehung der deutschen Konkursordnung durch den Schädiger, ist es trotz der Kri-

S. 241 ff; Firsching, S. 291 ff.

¹⁸⁶ BGHZ 34, 222; bezüglich der Kritik vgl. Beitzke, NJW 1966, 144 f.

¹⁸⁷ Kegel, S. 461 ff.

¹⁸⁸ Vgl. Kegel, S. 465; BGHZ 57, 265, insb. 268, BGH-VersR 77, 56.

tik der Literatur ¹⁸⁹ gerechtfertigt, deutsches Deliktsrecht anzuwenden.

Im Rahmen des deutschen Deliktsrechtes - § 823 Abs. 2 BGB - ist § 14 KO als Schutzgesetz anzusehen. Schutzgesetz in diesem Sinne ist eine Norm, die dazu bestimmt ist, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen Verletzungen von Rechtsgütern zu schützen. Dies muß nicht einzige Aufgabe des Gesetzes sein, es genügt vielmehr, daß sie zu einem anderen Normzweck hinzutritt ¹⁹⁰.

In der Literatur ¹⁹¹ ist bislang lediglich § 240 I Nr. 2 a (a.F.) KO als Schutzgesetz angesehen worden. Nach der vorgenannten Definition bestehen jedoch keine Bedenken, das Vollstreckungsverbot nach § 14 KO als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zu beurteilen, da der Norm die Aufgabe zukommt, den Schutz der Konkursgläubiger gegen einseitige, dem Grundsatz der *par conditio creditorum* widersprechende Eingriffe zu gewährleisten ¹⁹².

189 Spennemann, S. 139; Ringleb, S. 104.

190 Soergel/Zeuner, 10. Auflage, § 823, Rdnr. 252; Larenz, Schuldrecht II, § 72 II; BGHZ 46, 17, 23; BGHZ 84, 312, 314.

191 Soergel/Zeuner, § 823, Rdnr. 265; Staudinger/Schäfer, 12. Auflage, § 823, Rdnr. 603; RGRK/Steffen, 12. Auflage, § 823, Rdnr. 551.

192 So auch Spennemann, S. 139 f; von Schwarzkoppen, S. 22. Spennemann lehnt - entgegen der Auffassung von von Schwarzkoppen - die Anwendung deutschen Deliktsrechtes ab, beschäftigt sich jedoch nicht mit dem im vorliegenden Fall besonderen Gesichtspunkt des gemeinsamen Personalstatuts von Schädiger und Geschädigtem und ebenfalls nicht mit der Rechtsanwendungsverordnung vom 07.12.1942.

3. Lösung des Grundfalles, Fallvariante 4,
Unterfallvariante a)

Bei Auskehrung des Bankguthabens des **Sch** an **G1** vor Abschluß des Zwangsvergleiches (in der irrigen Meinung, dazu verpflichtet zu sein) ist zunächst die Frage zu beantworten, wer im Inland berechtigt ist, ggf. bestehende Rückzahlungsansprüche gegen **G1** geltend zu machen.

Vor Aufhebung des Konkursverfahrens ist dazu alleine der Konkursverwalter aktivlegitimiert¹⁹³, er hat die Zahlung zugunsten der Konkursmasse zu verlangen.

Nach Aufhebung des Konkursverfahrens (§ 190 KO) erhält grundsätzlich der Gemeinschuldner seine Verfügungsbefugnis wieder zurück. Dann ist er aktivlegitimiert, den Anspruch in eigenem Namen geltend zu machen. Er ist verpflichtet, die dadurch eintretende Mehrung seines Vermögens dazu zu benutzen, die Zwangsvergleichsquote gegenüber den übrigen Gläubigern gleichmäßig und vollständig zu bedienen, soweit nicht schon die Masse im Übrigen oder anderweitiges Vermögen dazu ausreicht.

Im Rahmen eines Treuhandliquidationsvergleiches geht die Verfügungsbefugnis nicht mehr auf den ehemaligen Gemeinschuldner über. Vielmehr ist der Konkursverwalter, nunmehr als Treuhänder oder Sachwalter tätig, beauftragt und ermächtigt den Anspruch geltend zu machen, und zwar zugunsten der ehemaligen Masse, zugunsten des Treuhandvermögens, dessen gleichmäßige Liquidation der Befriedigung der Gläubiger dient.

a) Vertragliche Ansprüche

In der Unterfallvariante a) (Sonderbefriedigung vor Zwangsvergleichsabschluß) scheiden vertragliche Ansprü-

193 vgl. § 6 KO, §§ 325, 727 ZPO; Kilger, § 6, Rdnr. 2

che aus, da zum Zeitpunkt der Erlangung der Sonderbefriedigung noch kein Vertragsverhältnis zwischen **Sch** und **G1** in der Form des Zwangsvergleiches bestand. Ein später abgeschlossener Zwangsvergleich ist nicht als Grundlage eines vertraglichen Rückzahlungsanspruches für vorher erlangte Sonderbefriedigung heranzuziehen, es sei denn, daß ihm aufgrund seines Wortlautes rückwirkende Kraft beigelegt wurde.

b) Bereicherungsrechtliche Ansprüche gem. § 812 ff BGB

Der **Sch** hat gegen **G1** einen Anspruch auf Herausgabe des Erlangten auf der Grundlage der Leistungskondition gem. § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alternative BGB. Die Leistungskondition ist deshalb anzuwenden, weil die Freigabe durch das aktive Handeln (Leistung) des **Sch** erfolgte. Im Gegensatz dazu käme bei Befriedigung durch Vollstreckung die Eingriffskondition gem. § 812 Abs. 1 Satz 1, 2. Alternative BGB zum Zuge ¹⁹⁴. Der **G1** hat durch die Leistung des **Sch** etwas erlangt, ohne daß hierfür ein Rechtsgrund vorlag, da die ursprüngliche Kaufpreisforderung durch Zwangsvergleich (Erlaßvertrag) insoweit erloschen ist. Er ist insofern ohne rechtfertigenden Grund zu Lasten der Masse bereichert. Folgt man den Bedenken der Literatur ¹⁹⁵ gegen die Anwendung des deutschen Bereicherungsrechtes, die wie oben dargelegt ¹⁹⁶ nur ausnahmsweise durchgreifen, so sind Ansprüche in diesem Rahmen zu verneinen. Im Beispielsfall ist die geforderte enge Sachbeziehung zwischen der Eingriffskondition und den Vollstreckungsverboten gegeben, bei der auch die kritischen Literaturstimmen die Anwendung des deutschen Bereicherungsrechts bejahen ¹⁹⁷.

194 So im Sachverhalt zum BGH-Urteil vom 13.7.1981, BGHZ 88, 147.

195 Vgl. FN 172, 173, 174.

196 Kapitel 2, II 2a)

c) Deliktische Ansprüche

Geht man von der Anwendbarkeit deutschen materiellen Rechts aus, so besteht ein deliktischer Anspruch gegen den **G1** gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit § 14 KO jedoch nur, wenn man ¹⁹⁸ § 14 KO aufgrund seines Wortlautes und der ihm im Rahmen der Konkursordnung zugewiesenen Funktion als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ansieht ¹⁹⁹. Die sich daraus ergebenden Schadenersatzansprüche gegen **G1** umfassen den gesamten, durch sein Verhalten verursachten Schaden. Der Schadenersatzanspruch beschränkt sich gem. §§ 249 ff BGB nicht nur auf die Zurückzahlung der erlangten 200.000,-- DM, sondern auch auf den Vermögensschaden, der dem **Sch** bzw. der Masse durch das zeitweise Vorenthalten dieses Betrages entstanden ist.

4. Die Anrechenbarkeit der Sonderbefriedigung auf die Vergleichsquote, Lösung der Unterfallvariante b)

Die Unterfallvariante b) ist geprägt durch den einerseits noch bestehenden Anspruch des **G1** auf Zahlung der Vergleichsquote, da eine Ausschüttung noch nicht stattgefunden hat, andererseits bestehen ggf. Ansprüche des **Sch** (oder des Konkursverwalters) gegen **G1** auf Rückzahlung der erlangten Sonderbefriedigung. Es liegt die Frage nahe, ob die erlangte Sonderbefriedigung auf die Quote anzurechnen ist.

197 So auch Westermann, S. 1000, 1004), der trotz seiner Kritik der BGH-Entscheidung vom 13.07.1983 zustimmt, wenn durch das Konkursverfahren eine "weitgehende Verselbständigung der Masse" erfolgt, so auch beim Zwangsvergleich im Konkursverfahren, im Gegensatz zum Vergleichsverfahren nach VerglO.

198 wie oben Kapitel 2, II 2 b, cc

199 Vgl. Ausführungen unter Kapitel 2, II, 2 b, cc.

a) Ablehnung der gegenwärtig herrschenden Rechtsprechung

Bezüglich der Aktivlegitimation der ggf. vorhandenen Ansprüche gilt das oben Gesagte ^{199a}.

Der bemerkenswerte Unterschied zu Fallvariante a) liegt in dem davon völlig abweichenden Ergebnis, sofern man der in Deutschland gegenwärtig herrschenden Lehre und Rechtsprechung folgt. Danach wäre aufgrund des abgeschlossenen Zwangsvergleiches bezüglich des erlassenen Teils der Forderung eine Naturalobligation zurückgeblieben, die den Rechtsgrund für das Behaltendürfen des Erlangten darstellen würde. Unter Beachtung dieser in der BGH-Entscheidung vom 13.10.1967 ²⁰⁰ bestätigten Grundsätze würde im Ergebnis ein bereicherungsrechtlicher Anspruch des **Sch** (oder auch des Konkursverwalters) gegen **G1** zu verneinen sein. Verändert man den der BGH-Entscheidung vom 13.07.1983 ²⁰¹ zugrunde liegenden Sachverhalt dahingehend, daß das Konkursverfahren durch Zwangsvergleich beendet worden ist, müßte dies konsequenterweise zu dem Ergebnis führen, in der Naturalobligation einen Rechtsgrund für das Behaltendürfen des Erlangten anzuerkennen. Die Klage des Konkursverwalters auf Rückzahlung wäre abzuweisen.

199a Kapitel 2, II, 3.

200 WM 68, 39 ff.

201 BGHZ 88, 147.

b) Anrechnung des Erlangten auf die Quote und Schadenersatzanspruch

Unter Anwendung der in Kapitel 1²⁰² erarbeiteten Lösungsvorschläge stellt sich die rechtliche Situation folgendermaßen dar:

aa) Vertragliche Ansprüche

Durch den Abschluß des Zwangsvergleiches ist die Forderung des G1 durch Erlaß erloschen, mit Ausnahme der zugesagten Vergleichsquote in Höhe von 300.000,-- DM.

Mit dem Versuch der Sonderbefriedigung im Ausland verstößt der G1 gegen die vertragliche Regelung im Zwangsvergleich, in dem nicht nur die Höhe der Forderung, sondern auch der Zeitpunkt ihrer Zahlung festgelegt ist. Aufgrund der schuldhaften Vertragspflichtverletzung ist G1 dem Sch zum Schadenersatz verpflichtet. Ein solcher Schadenersatzanspruch kann dem Grunde nach nicht mit dem Argument ausgeräumt werden, der G1 habe als Vergleichsquote ohnehin eine Forderung in Höhe von 300.000,-- DM, so daß er durch die erlangten 200.000,-- DM (vor Ausschüttung der Quote) eigentlich nur das erhalten habe, was ihm sowieso zustehe. Denn von besonderer Bedeutung kann gerade der Zeitpunkt der Zahlung der Konkursquote sein. Der Zwangsvergleich enthält in dem zu untersuchenden Fall auch eine Stundungsabrede. In der Praxis hat diese Stundungsabrede oft die Zielsetzung, dem Gemeinschuldner, der ein Unternehmen betreibt, durch die Stundung für einen begrenzten Zeitraum Betriebsmittel zur Verfügung zu stellen. Diese sollen ihn in die

202 siehe oben Kapitel 1 VIII 3.

Lage versetzen, das Unternehmen über die kritische Phase hinaus weiter zu betreiben, Gewinne zu erwirtschaften, um damit (oder mit der wiedergewonnenen Kreditfähigkeit) die Vergleichsquote zu erbringen. Entsprechendes gilt, wenn der Konkursverwalter das Unternehmen führt.

Benötigt beispielsweise der **Sch** von **G1** die erlangten 200.000,-- DM, um ein gewinnbringendes Geschäft abzuwickeln, so hat er vor Fälligkeit der Vergleichsquote wegen Vertragspflichtverletzung einen Rückzahlungsanspruch gegen **G1**. Ist der Fälligkeitszeitpunkt zwischenzeitlich - bevor **Sch** den Rückzahlungsanspruch durchsetzen konnte - eingetreten und war der **Sch** aufgrund der fehlenden 200.000,-- DM nicht in der Lage, das gewinnbringende Geschäft zu tätigen, so kann der ihm entstandene Schaden in dem entgangenen Gewinn liegen (§ 252 BGB). Diesen Schadenersatzanspruch hat er dann gegen den **G1**. Waren die entzogenen Mittel adäquat kausal für das Scheitern der Unternehmenssanierung, ist auch insoweit dem Grunde nach der Schadenersatzanspruch zu bejahen, wobei der Nachweis der Höhe des Schadens äußerst problematisch ist.

Greifen die vorgenannten Gesichtspunkte nicht ein, so kann der **G1** der Schadenersatzforderung des **Sch** in Höhe von 200.000,-- DM seine Konkursquotenforderung in Höhe von 300.000,-- DM entgegen halten und, soweit die Voraussetzungen dafür vorliegen, die Aufrechnung erklären. Die Folge davon ist das Erlöschen der Vergleichsquotenforderung in Höhe von 200.000,-- DM, so daß ihm nur noch eine Quote in Höhe von 100.000,-- DM zusteht. Da der durch Zwangsvergleich erlassene Teil der Forderung erloschen ist, besteht rechtlich keine Möglichkeit, das Erlangte auf

die ursprüngliche Konkursforderung anzurechnen. Daraus ergibt sich zwangsläufig die Anrechnung des Erlangten auf die Vergleichsquotenforderung.

Verzichtet Sch darauf, selbst einen Aktivprozeß zu führen, hat er bei Erlangung der Sonderbefriedigung durch G1 vor Ausschüttung der Quote entsprechend den obenstehenden Darlegungen die Möglichkeit, die von G1 erlangten 200.000,-- DM auf die Vergleichsquote von 300.000,-- DM anzurechnen. Er ist dann lediglich verpflichtet, die Restquote in Höhe von 100.000,-- DM an G1 auszukehren. Auch hier scheidet eine Anrechnung auf die alte Konkursforderung aus, da der die Quote übersteigende Teil der Forderung durch Erlaß erloschen ist.

In der Literatur wurde diese sehr schlicht anmutende Lösung als "materiell-rechtlich" bezeichnet, die sich aus dem "rechtlichen Lapidarsatz aus § 362 BGB" ergebe²⁰³. Gemeint ist damit, das durch Sonderbefriedigung Erlangte sei als Erfüllung der Vergleichsquotenforderung gem. § 362 BGB anzusehen.

Die Literatur übersieht in diesem Zusammenhang, daß man zu der nahezu zwangsläufigen Anwendung des § 362 BGB nur dann kommt, wenn das Problem der Naturalobligation im Zusammenhang mit § 193 Satz 2 KO sachgerecht gelöst wird. Wird - wie oben dargelegt²⁰⁴ - das Zurückbleiben einer Naturalobligation für den erlassenen Teil einer ungesicherten Forderung verneint, so stellt die Anrechnung des Erlangten auf die Vergleichsquote - und damit deren Erfüllung gem. § 362 BGB - eine zwangsläufige Folge dieser Rechtsauffassung

203 Hanisch, 100 Jahre KO, S. 139, insbesondere 151.

204 Kapitel 1, VIII. 3.

dar. Denn die darüberhinaus gehende ursprüngliche Kaufpreisforderung ist durch Erlaßvertrag erloschen, so daß hierauf in keiner Weise mehr eine Anrechnung erfolgen kann. Da für den erlassenen Teil der Forderung auch keine Naturalobligation anzuerkennen ist, kann der erlassene Teil der Forderung nicht mehr als Rechtsgrund für das Behaltendürfen einer Sonderbefriedigung herangezogen werden.

bb) Bereicherungsrechtliche und deliktische Ansprüche

Für die bereicherungsrechtlichen und deliktischen Ansprüche ergeben sich gegenüber dem Obenstehenden ²⁰⁵ keine Besonderheiten. Je nach Fallgestaltung bestehen entweder bereicherungsrechtliche Ansprüche auf der Grundlage der Leistungskondition (so der Sachverhalt der Fallvariante 4., Unterfallvariante b). Oder aber bei Erlangung der 200.000,-- DM durch Vollstreckungsmaßnahmen, Ansprüche auf der Grundlage der Eingriffskondition (§ 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alternative BGB) oder auf der Grundlage des Deliktsrechtes gem. § 823 Abs. 2 i.V.m. § 14 KO.

cc) Unterfallvariante c)

Im Gegensatz zur Unterfallvariante b) kann bei Erlangung der Sonderbefriedigung nach Zahlung der Vergleichsquote die Anrechnung durch den Konkursverwalter oder Gemeinschuldner nicht mehr erfolgen. Es besteht dann auf der Basis der oben dargelegten Anspruchsgrundlagen nurmehr ein Anspruch auf Rückzahlung der erlangten 200.000,-- DM.

Kapitel 3

Verhinderung der Sonderbefriedigung deutscher Gläubiger in der Schweiz

I

International-privatrechtliche Grundlagen

Die bisherigen Ausführungen hatten die Rückgängigmachung der durch einen deutschen Gläubiger in der Schweiz erlangten Sonderbefriedigung zum Gegenstand. Aus zahlreichen rechtlichen und tatsächlichen Erwägungen drängt sich die Frage auf, ob nicht nur die Rückgängigmachung, sondern auch die Verhinderung der Erlangung einer Sonderbefriedigung im Ausland möglich ist. Der Anspruch auf Rückzahlung der im Ausland erlangten Sonderbefriedigung geht beispielsweise dann weitgehend ins Leere, wenn der Gl nach Erlangung der Konkursquote und der Sonderbefriedigung selbst insolvent geworden ist. Bedeutsam ist aber auch der Gesichtspunkt, daß die von Gl erlangten 200.000,-- DM der Verfügung des Konkursverwalter bzw. des Gemeinschuldners zunächst entzogen sind, der Betrag aber möglicherweise dringend für die Befriedigung der Vergleichsquote gegenüber anderen Vergleichsgläubigern benötigt wird. Diese Beispiele machen ein Interesse des Gemeinschuldners und/oder Konkursverwalters an der Verhinderung der Sonderbefriedigung einzelner Gläubiger in der Schweiz (Ausland) offenkundig. Wie oben ²⁰⁶ dargelegt, werden weder das deutsche Konkursverfahrensrecht noch der deutsche Konkursbeschlagn in der Schweiz anerkannt. Eine Möglichkeit zur Verhinderung der Sonderbefriedigung in der Schweiz könnte sich daraus ergeben, daß der deutsche Zwangsvergleich einen selbständigen materiell-rechtlichen Erlaßvertrag enthält und dieser Vertrag von dem Schweizer Gericht, das

über die Kaufpreisforderung des **G1** zu entscheiden hat, Berücksichtigung findet.

1. Zuständiges Gericht, anzuwendendes Recht

Aufgrund der Belegenheit des Bankkontos des **Sch** ist für die Geltendmachung der Kaufpreisforderung des **G1** das im Rahmen des Arrestverfahrens angerufene Schweizer Betreibungsamt bzw. das Bezirksgericht in Zürich örtlich und sachlich zuständig ²⁰⁷. Im Rahmen des sich anschließenden Arrestprosequierungsverfahrens ²⁰⁸ hat das Schweizer Gericht auf der Grundlage des deutschen materiellen Rechtes das Bestehen der Kaufpreisforderung des **G1** gegen **Sch** und damit im Zusammenhang stehende eventuelle Einwendungen zu prüfen. In diesem Zusammenhang wird von dem Schweizer Gericht das deutsche Konkursverfahren nicht als Einwand gegen die Durchsetzbarkeit der Kaufpreisforderung anerkannt. Wie oben ²⁰⁹ dargelegt, wird nach der gegenwärtigen Rechtslage deutsches Konkursverfahrensrecht von Schweizer Gerichten nicht berücksichtigt. Bei seiner Prüfung käme sodann das schweizer Gericht zu der Auffassung, die Kaufpreisforderung bestehe und gegenüber ihrer Durchsetzbarkeit seien keine Einwände anzuerkennen.

Gegen diese Auffassung spricht, daß die streitgegenständliche Kaufpreisforderung durch Erlaßvertrag teilweise erloschen ist. Es stellt sich somit die IPR-rechtliche Frage, welches materielle Recht unter Anwendung der IPR-rechtlichen Kollisionsregeln auf den Erlaßvertrag, der im Rahmen eines Zwangsvergleiches abgeschlossen wurde, anzuwenden ist.

207 Vgl. Kapitel 2, I, 1; FN 121, 122

208 Vgl. Kistler, S. 34 f.

209 Kapitel 1, I. 2. b

2. Prüfung der IPR-Kollisionsregeln

a) Kollisionsrechtliche Ausgangslage

Würde man den im Zwangsvergleich abgeschlossenen Erlaßvertrag isoliert betrachten, so stellt sich auch für diesen die Frage, welches Recht von dem Schweizer Gericht auf ihn anzuwenden ist. In dem Erlaßvertrag ist das Erlöschen bzw. teilweise Erlöschen der Kaufpreisforderung zwischen G1 und Sch vereinbart. Der in Deutschland geschlossene und dort abzuwickelnde Kaufvertrag unterliegt sowohl nach den deutschen Kollisionsnormen (Artikel 27 ff. EGBGB) als auch nach den von Judikatur und Doktrin entwickelten schweizerischen Kollisionsregeln²¹⁰ nach dem Schuldstatut deutschem materiellen Recht. Ein zwischen Deutschen geschlossener Erlaßvertrag, der das Erlöschen einer Kaufpreisforderung bewirkt, die einem Kaufvertrag entstammt, der nach dem Schuldstatut ausschließlich deutschem Recht unterliegt, beurteilt sich nach deutschen Kollisionsnormen (Artikel 32 EGBGB) und nach deutschem materiellen Recht²¹¹. Dieses Ergebnis wird auch aus der Sicht der schweizerischen Kollisionsregeln anerkannt. Danach bestimmt grundsätzlich das Schuldstatut über das Erlöschen der Obligation (des Schuldverhältnisses), gleichgültig ob dieses durch Erfüllung oder durch andere Erlöschensgründe herbeigeführt wird. Es regelt ferner das Schicksal allfälliger Nebenrechte. Wird eine Forderung erlassen, so kann der Erlaßvertrag einem eigenen Statut unterstehen, wenn hierfür die entsprechenden Anknüpfungen vorliegen²¹². Die-

210 Vischer, IPR, S. 661 ff, Schnitzer, S. 624, insbesondere 633; vgl. im übrigen FN 116, 117.

211 Kegel, S. 373, 426; Erman/Arndt, vor Art. 12 EGBGB, Rdnr. 13, Soergel/Kegel, vor Art. 7 EGBGB, Rdnr. 438; BGHZ 9, 43.

212 Vischer, IPR, S. 704; W. Schönberger, Allgemeine Einleitung, Rdnr. 364; Vischer, IVR, S. 251.

ser Grundsatz wurde vom Schweizer Bundesgericht in seinem Entscheid vom 7.12.1981 ²¹³ bestätigt. Diese Entscheidung beschäftigt sich im übrigen mit den Rechtsfolgen eines ausländischen (deutschen) Konkurses und der Tragweite des Grundsatzes der Territorialität des Konkurses. Am Rande, ohne daß es für diese Entscheidung maßgeblich darauf ankam, bestätigte das Bundesgericht, daß sich die befreiende Wirkung eines Schulderlasses nach dem Recht beurteile, dem die aufzugebende Verpflichtung untersteht. Im zu entscheidenden Fall kam damit deutsches materielles Recht zur Anwendung.

b) Kollisionsrechtliche Beurteilung des deutschen Zwangsvergleiches aus Schweizer Sicht

Wie oben ²¹⁴ ausführlich dargelegt, werden trotz des grundsätzlich nach den Regeln des IKR anzuwendenden deutschen Insolvenzstatuts in der Schweiz die konkursverfahrensrechtlichen Wirkungen eines deutschen Konkurses nicht anerkannt. Die herrschende Schweizer Rechtsprechung und Literatur bezieht diese Haltung auch auf den deutschen Zwangsvergleich. Im internationalen Verhältnis sei die Frage seiner Qualifikation, d.h. seiner Einordnung in das Rechtssystem, gemäß dem allgemein anerkannten Grundsatz der nach lex fori zu lösen ²¹⁵. Aus Schweizer Sicht stellt der Zwangsvergleich (Nachlaßvertrag mit Vermögensabtretung, Art. 316 a ff. SchKG) keinen Vertrag, sondern ein, als Surrogat oder mildere Form der Zwangsvollstreckung dienendes öffentlich-rechtliches Verfahren dar ²¹⁶. In Folge seines rein vollstreckungs-

147 BGE 107 II 486, insbesondere 488.

213 BGE 107 II 486, insbesondere 488.

214 Kapitel 2, I. 2. b

215 Vischer, IPR, S. 526; BGE 100 II 206.

216 BGE 107 III 109; 50 II 504; 40 III 302 ff; 38 II 721;

rechtlichen Charakters könne daher der im Ausland abgeschlossene "Nachlaßvertrag", gleich wie der im Ausland eröffnete Konkurs, in der Schweiz keine Wirkungen entfalten, sofern durch Staatsvertrag nichts anderes vorgesehen sei. Zur Begründung dieser Auffassung wird besonders auf den Entscheid des Bundesgerichtes vom 19.09.1912 ²¹⁷ hingewiesen. Gerade die letzte Entscheidung enthält den wesentlichen Ansatzpunkt für die Kritik an der herrschenden Schweizer Meinung. Diese Entscheidung behandelte einen in Italien abgeschlossenen "Nachlaßvertrag". Das Bundesgericht hielt mit der Begründung an der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis fest, wonach dem gerichtlichen "Nachlaßvertrag", gleich wie dem Konkurs, grundsätzlich keine internationale Wirkung zukomme, da es sich dabei nicht um ein privatrechtliches, sondern um ein exekutionsrechtliches Institut handle, dessen Zwangswirkungen naturgemäß nicht weiter reichten als die Befehlsgewalt desjenigen Staates, der dem betreffenden "Nachlaßvertrag" seine Genehmigung erteilt habe. Davon sei auch dann nicht abzuweichen, wenn es sich um eine Forderung handle, die materiell dem Gesetz des Konkurs- (oder Nachlaß-) Gerichts unterworfen sei, bzw. deren Entstehungs- und Erfüllungsort in dem betreffenden ausländischen Staate liege; weil der gerichtliche "Nachlaßvertrag" kein privatrechtliches, sondern ein exekutionsrechtliches Institut sei, dessen Wirksamkeit sich somit nicht nach dem gleichen Rechte zu beurteilen brauche wie die Entstehung und der Untergang der in Betracht kommenden Forderung als solcher. Diese werde durch den Nachlaßvertrag in ihrem Bestand nicht berührt, sondern verliere bloß ihre Klagbarkeit (Reaktionsmacht). Die Klagbarkeit einer Forderung beurteile sich grundsätzlich weder nach dem Rechte ihres Entstehungsortes, noch nach demje-

Fritzsche, 2. Band, S. 305; Amonn, S. 432.

217 BGE 38 II 721 f.

nigen des Erfüllungsortes, sondern nach dem Recht desjenigen Staates, in welchem die Forderung gerichtlich geltend gemacht werde ²¹⁸. Der Bundesgerichtsentscheid hebt eindeutig auf das konkursverfahrensrechtliche Element der Durchsetzbarkeit der Forderung ab. Rein materiell-rechtliche Wirkungen des Zwangsvergleiches, wie der Erlaß der dem ausländischen Schuldstatut unterworfenen Forderung, werden nicht erörtert ²¹⁹.

Weiterer Ansatzpunkt gegen die kollisionsrechtlich herrschende Schweizer Meinung bietet die Rechtsprechung des Bundesgerichtes ²²⁰, wonach der außgerichtliche "Nachlaßvertrag" einen gewöhnlichen Vertrag im Sinne des Obligationsrechtes darstelle, durch den kraft übereinstimmender Willenserklärungen von Gläubiger und Schuldner das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis in dem Sinne modifiziert wird, daß der Gläubiger dem Schuldner in bestimmter Weise einen Nachlaß gewährt.

3. Anwendbarkeit des Forderungsstatuts auf den Zwangsvergleich bzw. auf den darin enthaltenen Forderungserlaß

Zur Überwindung der oben dargestellten kollisionsrechtlichen Ausgangslage sind in der Literatur verschiedene Lösungsvorschläge unterbreitet worden. In Anbetracht des regelmäßig zugrunde liegenden Sachverhaltes, wonach bei deutschen Insolvenzfällen die Rechtsverhältnisse, auf denen die Gläubigerforderungen beruhen, keinerlei Bezug zur Schweiz haben, unterliege nicht nur die Forderung aufgrund des Forderungsstatuts deutschem materiellen Recht, sondern nach den Normen des Forderungssta-

218 BGE 19.09.1912, a.a.O., 720 f.

219 Vgl. dazu die Kritik von Tobler, S. 104 ff, die auf den materiellen Erlaßvertrag abstellt.

220 Entscheid vom 8.12.1924, BGE 50 II 504, insbesondere 503 f.

tuts seien auch die Fragen des wirksamen Entstehens, des Inhalts und des Erlöschens des geltend gemachten Anspruchs nach deutschem Recht zu beurteilen²²¹. Dies müsse auch aus der Sicht des schweizerischen Rechts dazu führen, die Frage des Bestands der Forderung, die der Einzelzwangsvollstreckung zugrunde liegt, nicht nach der *lex fori*, sondern nach dem Forderungsstatut (deutsches materielles Recht) zu beurteilen, mit der Folge der Berücksichtigung des Teilerlasses im Rahmen des in der Schweiz stattfindenden Einzelzwangsvollstreckungsverfahrens. Diese Meinung vermag jedoch nicht die Haltung der schweizerischen Rechtsprechung zu überwinden, wonach das Verfahrensrecht sich nach der *lex fori* beurteilt.

Ein anderer Ansatzpunkt besteht darin, die Wirkung inländischer Vergleichsverfahren im Ausland dann anzuerkennen, wenn Vergleichsstatut (Insolvenzstatut) und Schuldstatut identisch sind oder aber das Schuldstatut die Wirkungen des Vergleichs anerkennt. Bedeutung solle eine solche Anerkennung allerdings auch nur dann haben, wenn Schuld- und Vergleichsstatut die Einwirkungen des Vergleichs auf die Forderungen als materiell-rechtlich qualifizieren²²². Diese Auffassung baut darauf auf, daß Forderungen allein vom Schuldstatut beherrscht werden und deshalb das Vergleichsstatut nicht unabhängig vom Schuldstatut auf die Forderung einwirken könne. Primär ist nach dem deutschen IPR für das Schicksal der Forderung dasjenige Recht maßgebend, das die Forderung beherrscht, das Schuldstatut. Zutreffend ist allerdings die Kritik an dieser Meinung, wonach das Schuldstatut nicht notwendig allein und einheitlich über alle Fragen eines Schuldverhältnisses zu befinden hat²²³. Insbesondere scheitert diese Auffassung bezüglich der

221 Lürer, KTS 1979, 21 ff, vgl. FN 181.

222 Frankenstein, S. 286 ff.

223 Vgl. Schomaker, 119 ff.

Rechtslage in der Schweiz an der dort vertretenen Nichtanerkennung des deutschen Insolvenzstatus, verbunden mit der Anwendung des Grundsatzes der lex fori auf verfahrensrechtliche Fragen.

Die Rechtsprechung des Österreichischen Obersten Gerichtshofes ²²⁴ hat im Urteil vom 17.06.1925 ²²⁵ bei einem ausländischen Insolvenzverfahren den inländischen Gläubiger an den Zwangsvergleich gebunden, wenn der Gläubiger sich an dem ausländischen Verfahren beteiligt und der Gemeinschuldner das inländische Vermögen dem ausländischen Verfahren unterworfen hatte. Diese Behandlung erfolgte in Anbetracht des vertraglichen Grundcharakters des Zwangsvergleiches ²²⁶.

Die dargestellten Lösungsansätze sind nicht überzeugend, da sie das Problem im Kern nicht lösen. Dieser besteht in der Verbindung von materiellem Recht und Verfahrensrecht innerhalb des Zwangsvergleiches und der

224 Mit der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland besteht ein unter dem 25.05.1979 geschlossener Vertrag auf dem Gebiet des Konkurs- und Vergleichs- (Ausgleichs) -rechts, der durch Ausführungsgesetz vom 8.3.1985 für Deutschland in Kraft gesetzt wurde.

225 ObGH 7, 530, Nr. 212.

226 Vgl. hierzu Nußbaum, S. 454 ff., der in Anbetracht dieser Entscheidung entgegen seiner sonst dargelegten Meinung in der Mitwirkung des Gläubigers an dem Zustandekommen des Zwangsvergleichs unter Umständen die Annahme des Verzichts oder auch die exceptio doli generalis gerechtfertigt sieht.

Nußbaum geht zuvor auf die Entscheidung des Reichsgerichtes vom 11.07.1902 (RGZ 52, 155) ein, die bei vergleichbarem Sachverhalt der Auffassung des Österreichischen Obersten Gerichtshofes widerspricht. In Anlehnung an diese Reichsgerichtsentscheidung führt Nußbaum aus, die Zustimmung zu dem ausländischen Zwangsvergleich sei in Anbetracht der bestehenden Zwangslage der Gläubiger dahingehend auszulegen, daß sie sich lediglich auf den Wirkungsbereich des ausländischen Konkurses beziehe. Damit machen sowohl Nußbaum als auch das Reichsgericht die Berücksichtigung des ausländischen Zwangsvergleiches von seiner Auslegung abhängig, die nach der Entscheidung des Reichsgerichts vom 15.11.1911 (RGZ 77, 403) nach vertragsrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen hat.

unterschiedlichen Behandlung beider Rechtsbereiche im IPR des betroffenen Auslandsstaates (Schweiz). Eindeutig ist der deutsche Zwangsvergleich Teil des deutschen Konkursverfahrens und damit eines Verfahrens der kollektiven Vollstreckung. Ebenso zweifelsfrei entfaltet dieser Zwangsvergleich Wirkungen, die dem materiellen Recht zuzuordnen sind. Aufgrund der im Zwangsvergleich enthaltenen vertraglichen Vereinbarung werden die betroffenen Forderungen teilweise erlassen, teilweise gestundet. Diese materiell-rechtlichen Eingriffe auf die Forderung haben mit ihrer Durchsetzbarkeit, die aufgrund der konkursrechtlichen Vorschriften eingeschränkt ist, nichts zu tun. Die Einschränkung der Durchsetzbarkeit der Forderung hat ihren rechtlichen Grund im Konkursverfahrensrecht, Stundung und Erlaß im materiellen Schuldrecht. Dies zeigt sich nach Aufhebung des Konkursverfahrens. Danach sind die Konkursforderungen wieder in ihrer ursprünglichen Höhe durchsetzbar, ohne daß sich ihr Bestand verändert hat. Die vom Vergleich betroffene Forderung ist dagegen nach Aufhebung des Konkursverfahrens geprägt von dem vertraglich vereinbarten Teilerlaß und der Stundung. Auch nach Aufhebung des Konkursverfahrens bleibt es beim (teilweisen) Erlaß der Forderung. Es ist nicht nur ihre Durchsetzbarkeit entfallen, vielmehr ist die Forderung durch Erlaß erloschen.

Die Problemlösungsansätze von Tobler ²²⁷ gehen in dieselbe Richtung. Er erkennt den einseitig verfahrensrechtlichen Ansatzpunkt der schweizerischen Rechtsprechung zum "Nachlaßvertrag", der der materiell-rechtlichen Seite des Vergleiches keine Rechnung trägt. Die Maßgeblichkeit der *lex obligationis* hinsichtlich des Erlöschens von Forderungen sei von der herrschenden Lehre wohl nicht übersehen worden. Zur Begründung ihres Standpunktes von der territorialen Begrenztheit der

227 Tobler, S. 104, insbesondere 113 ff, unter Bezugnahme auf die englisch-amerikanische Rechtsprechung und die Lehre Frankensteins.

Wirkungen eines "Nachlaßvertrages" habe sie daher immer wieder betont, man habe es hierbei lediglich mit einem Institut der Zwangsvollstreckung zu tun. Eine andere Auffassung könne daher richtigerweise nicht vertreten werden.

Demgegenüber hebt Tobler im Bereich der internationalen Wirkungen eines "Nachlaßvertrages" das maßgebliche materielle Recht, durch das die Veränderung im Bestande der Forderung herbeigeführt wird, hervor. Es liege nahe, nicht vom Verfahren, in dem die Schuldbefriedigung herbeigeführt wird, sondern von der Forderung, an der sie wirksam werden soll, auszugehen.

Aus diesen Gründen ist es geboten, die rein materiellrechtlichen Wirkungen des Zwangsvergleiches isoliert zu betrachten, insbesondere was ihre Beurteilung unter internationalem Privatrecht angeht. Die vom Erlaß betroffene Forderung sowie der Erlaßvertrag sind nach den Grundsätzen des IPR, nach dem Schuldstatut zu beurteilen. Voraussetzung für diese getrennte und isolierte Betrachtung der materiell-rechtlichen Seite des Zwangsvergleiches ist, daß ihm nach dem Willen der am Abschluß des Zwangsvergleichs Beteiligten - der Vertragsparteien des Vergleiches - in materieller Hinsicht selbständige Wirkung zukommen sollte. Diese Frage ist auf der Grundlage des materiellen Rechts zu untersuchen. Im Zusammenhang damit steht auch die Frage, wer von den materiellrechtlichen Wirkungen des Zwangsvergleiches betroffen ist, anders formuliert, wer Vertragspartner des materiellen Vergleichsvertrages ist. Denn die Erstreckung der Wirkung des Zwangsvergleiches auf alle nicht bevorrechtigten Gläubiger beruht auf § 193 KO, somit auf einer konkursverfahrensrechtlichen und nicht auf einer materiellrechtlichen Rechtsgrundlage.

Die materiellrechtlichen Wirkungen des Zwangsvergleiches, wie Stundung und Erlaß, beurteilen sich auf der Grundlage des IPR nach dem Schuldstatut. Voraussetzung hierfür ist allerdings, daß der Zwangsvergleich nach dem Willen der Vertragsparteien eine materiellrechtlich selbständige Regelung, d.h. einen materiellrechtlich selbständigen Erlaß und/oder Stundungsvertrag enthält.

II. Der materiellrechtliche Erlaßvertrag als Kern des Zwangsvergleiches und seine selbständige Bedeutung

Der materiellrechtlich selbständige Erlaßvertrag als wesentlicher Bestandteil des Zwangsvergleiches und seine selbständige Bedeutung könnten sich aus der Doppelnatur des Zwangsvergleiches ergeben, entsprechend der Beurteilung der Doppelnatur des Prozeßvergleiches. Wird diese Möglichkeit bejaht, so stellt sich die Frage, ob die selbständige materiellrechtliche Wirkung des Erlasses im Rahmen des Zwangsvergleiches von den Beteiligten (Vertragschließenden) gewollt ist. Kann dies ebenfalls bejaht werden, so ist abschließend die Frage zu klären, wer Beteiligter dieses materiellen Vergleiches geworden ist.

1. Doppelnatur des Zwangsvergleiches Parallelen zum Prozeßvergleich

In der Literatur wird insbesondere von Vertretern der "Vertragstheorie" die Meinung vertreten, dem Zwangsvergleich wohne eine "Doppelnatur" bzw. ein "Doppelcharakter" inne²²⁸. Insoweit werden Parallelen zwischen ihm und dem Prozeßvergleich gezogen. Bezüglich des Prozeßvergleiches ist der Streit um seine rechtliche Qualifikation bemerkenswert. Auch dort stand einer materiellen Auffassung (rein pri-

228 Hess/Kropshofer, § 173, Rdnr. 16, unter Bezugnahme auf Baumgärtel, ZZP 87, 133 und BGHZ 16, 390; Bley, § 8, Rdnr. 7 d, unter Bezugnahme auf BGHZ 41, 310; RGZ, 165, 163.

vatrechtlicher Vertrag mit prozessualen Folgen) 229 eine prozessuale (reine Prozeßhandlung) gegenüber 230. Im Regelfall ist der Prozeßvergleich zugleich materieller Vertrag und zugleich auf Prozeßbeendigung gerichtete Prozeßhandlung 231. Danach ist der Prozeßvergleich zugleich Prozeßhandlung, deren Wirksamkeit sich nach den Grundsätzen des Prozeßrechtes richtet, wie auch privatrechtlicher Vertrag, der den Regeln des materiellen Rechts unterliegt.

Infolge seiner Doppelnatur ist der Prozeßvergleich sowohl gegen materielle wie gegen prozessuale Mängel anfällig. Führen prozessuale Mängel, z.B. fehlerhafte Protokollierung, zu seiner prozessualen Unwirksamkeit, so geht die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur davon aus, daß der Vertrag gleich wohl ("nur") außerprozessual wirke. Der prozessual gescheiterte Vertrag kann somit zumindest materiellrechtliche Wirkung entfalten und ist wie ein sonstiger, außergerichtlicher Vergleich zu behandeln 232. Zum Teil wird es von dem aus den Umständen zu entnehmenden Parteiwillen abhängig gemacht, ob die Unwirksamkeit wegen formeller Mängel auch das materielle Rechtsgeschäft erfaßt 233. Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 24.10.1984 234 zu diesem Thema entschieden: Ist danach ein Prozeßvergleich als solcher wegen formeller Mängel unwirksam, so kann die getroffene Vereinba-

229 Walsmann AcP 102 (1907), 170; Rosenberg, (bis zur 9. Auflage) § 128 III 1.

230 Baumgärtel, 192.

231 So BGHZ 79, 71, 74; BAG NJW 1983, 2212, 2213; Baumbach/Hartmann, Anh § 307 Rdnr. 2; RGRK/Steffen, § 779, Rdnr. 55.

232 Wieczorek, § 794, Anm. C IV c 1; Zöllner/Stöber, § 794, Rdnr. 15; RGRK/Steffen, § 779, Rdnr. 57.

233 Münchener Kommentar/Pecher, § 779, Rdnr. 60.

234 BGH, FamRZ 1985, 166 ff.

rung gleichwohl als außergerichtlicher, materiell-rechtlicher Vergleich Bestand haben, wenn dies dem mutmaßlichen Parteiwillen entspricht. Es gilt hier § 140 BGB ²³⁵.

Es ist nicht Thema der vorliegenden Arbeit zu untersuchen, wie sich formelle Mängel auf einen Zwangsvergleich auswirken. Zu beantworten ist vielmehr die Frage, welche Wirkung der im Inland geschlossene Zwangsvergleich im Ausland entfaltet und welcher (tatsächliche oder mutmaßliche) Wille bei den Vertragsschließenden in Anbetracht der Tatsache geherrscht hat, daß der Zwangsvergleich in seinem verfahrensrechtlichen Teil im Ausland nicht anerkannt wird.

Unabhängig davon, ob man auch dem Zwangsvergleich eine "Doppelnatur" zubilligt, entspricht er doch insoweit dem Prozeßvergleich, als er einen zivilrechtlichen Kern in sich birgt, der nach den zivilrechtlichen Grundregeln zu beurteilen, insbesondere nach den Vorschriften der §§ 157, 133 BGB auszulegen ist ²³⁶. Selbst wenn man nicht von vornherein von einer selbständigen Wirksamkeit des materiellen Teils ausgehen kann, so ist doch in entsprechender Anwendung der oben zitierten BGH-Rechtsprechung auf die Frage abzustellen, was die Vertragsparteien bei Abschluß des Zwangsvergleiches in bezug auf dessen materielle Wirkung gewollt haben, oder aber was - bei Kenntnis der ausländischen Rechtsfolgen - die Vertragspartner gewollt hätten.

235 Zöller/Stöber, § 794, Rdnr. 15.

236 s.o. Kapitel 1, VI 5

2. Der tatsächliche oder mutmaßliche Wille der Vertragsparteien und die selbständige zivilrechtliche Wirkung des Zwangsvergleiches

a) Tatsächlicher Wille

Wie oben ^{236a} dargelegt, folgt die Beurteilung und Auslegung des Zwangsvergleiches den Grundsätzen der Auslegung von Willenserklärungen und Rechtsgeschäften gem. § 133, 157 BGB. Danach kommt die Erforschung des mutmaßlichen Willens nur in Betracht, wenn ein tatsächlicher Wille der Vertragsschließenden aus den konkruenten Willenserklärungen sich nicht ergibt.

Aufgrund des prinzipiell dispositiven Inhaltes des Zwangsvergleiches kommt eine Regelung zwischen den Vertragsparteien durchaus in Betracht, durch die klargestellt wird, daß eine Bindung an den Vergleich auch in solchen Fällen eintreten soll, in denen dem Zwangsvergleich im Ausland die Anerkennung seiner prozessualen Wirkung nicht zugute kommt ²³⁷.

In Anbetracht der geringen Beachtung, die die Frage der Auslandswirkung des Zwangsvergleiches in der bisherigen Rechtsprechung erfahren hat, sind die Fälle der bewußten Kenntnis und Regelung dieses Problems in der Praxis selten. Häufig wird von den Vertragsschließenden der Umstand nicht bedacht, daß in der Schweiz der inländische Zwangsvergleich die Vollstreckung gegen den Gemeinschuldner in keiner Weise einschränkt ²³⁸.

236a Kapitel 1, VI, 5.

237 vgl. Kapitel 2, I 2 b

238 Diese Meinung wurde bislang eindeutig in der Literatur vertreten, vgl. Jaeger/Weber, § 193, Rdnr. 22 u. 24.

Als Beispiel aus der Praxis kann folgende Formulierung eines Zwangsvergleichsvorschlages (im Rahmen eines Liquidationsvergleiches) genannt werden ²³⁹:

"Der durch die Verwertung des ... Vermögens ... nicht gedeckte Teil der Forderungen, einschließlich der seit Konkurseröffnung laufenden Zinsen und Kosten wird erlassen. Die Gläubiger verzichten damit auch auf Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in der Schweiz."

Diese Formulierung kann in Kenntnis der Nichtanerkennung des inländischen Zwangsvergleiches in der Schweiz nur dahingehend verstanden werden, die dem Zwangsvergleich zustimmenden Gläubiger wollten unabhängig von der prozessualen Wirkung des Zwangsvergleiches die Bindung an den materiellen Vergleichsvertrag herstellen, und zwar gerade in Anbetracht der in der Schweiz herrschenden Rechtslage, wonach allenfalls der materielle Vertragsinhalt des Zwangsvergleiches anerkannt wird. Die Vertragsparteien haben damit eindeutig und ausdrücklich ihren Willen zum Ausdruck gebracht, der Zwangsvergleich solle unabhängig von seiner prozessualen Geltung auch in seinem isolierten materiellrechtlichen Teilbereich selbständige Wirkung entfalten - insbesondere im Aus-

239 Verwendet bei einem Konkursverfahren vor dem AG Stuttgart, eröffnet 1982, Annahme des Zwangsvergleiches 1985. Ein weiteres Beispiel enthält die Entscheidung des OLG Köln vom 09.03.1978 - KTS 1978, 249 -. Dort war im Vergleich vereinbart worden, daß auf die Vergleichsdividende das im ausländischen Vergleichs- oder Konkursverfahren Erlangte anzurechnen ist. Hier wurde also der umgekehrte Weg gewählt. Statt den Versuch zu unternehmen, im Wortlaut des Vergleiches die materielle Wirkung auch für das Ausland zu vereinbaren, hat man versucht, den entgegenstehenden ausländischen Rechtsvorschriften im Rahmen der inländischen Vergleichsregelung Rechnung zu tragen. Wie die Entscheidung zeigt, aufgrund der lückenhaften Formulierung ohne Erfolg.

land. Im Rahmen des bei Abschluß von Zwangsvergleichen herrschenden Grundsatzes der Vertragsfreiheit könnte dieser Gesichtspunkt noch deutlicher herausgearbeitet werden, beispielsweise mit folgender Formulierung:

"Der Gemeinschuldner und die Gläubiger sind sich darüber einig, daß der Zwangsvergleich auch im Ausland - zumindest als selbständiger materiell-rechtlicher Vergleichsvertrag - Geltung hat. Die Gläubiger verzichten in Anbetracht dessen auf Zwangsvollstreckungsmaßnahmen und sonstige Einzelbefriedigung im Ausland."

Auf der Grundlage der Ausführungen unter Kapitel 1, VI zur rechtlichen Qualifikation des Zwangsvergleiches bestehen keine Bedenken bezüglich der Zulässigkeit dieser Formulierung bzw. der Vereinbarung im Rahmen eines Zwangsvergleiches.

In diesen Fällen der ausdrücklichen Regelung greifen Bedenken nicht durch, eine selbständige Auslandswirkung des materiellen Teiles des Zwangsvergleiches sei wegen der fehlenden Allgemeinverbindlichkeit nicht für alle beteiligten Gläubiger gewollt. Denn eine solche Formulierung deutet - bei in der Regel rechtlich beratenen Vertragsparteien - eindeutig auf die entsprechende positive Kenntnis der Vertragsschließenden hin.

b) Mutmaßlicher Wille

Problematischer sind die Fälle, in denen der Wortlaut des Zwangsvergleichsvorschlages keinen hilfreichen Hinweis auf die gewollte, isolierte materiellrechtliche Wirkung des Vergleiches im Ausland enthält. Es ist dann anhand der Gesamtum-

stände der mutmaßliche Wille der Vertragsparteien zu ermitteln. Da es sich jedoch um ein Vertragsverhältnis unter zahlreichen Vertragspartnern handelt, kann es nicht auf stillschweigende Rechtsvorbehalte einzelner Gläubiger ankommen. In diesem Zusammenhang ist auf die Entscheidung des Reichsgerichtes vom 17.11.1911 hinzuweisen ²⁴⁰, wonach die Urkunde über den Vergleichstermin die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich hat und in dieser Urkunde nicht zum Ausdruck kommende Vorbehalte einzelner Gläubiger unbeachtlich sind.

Der mutmaßliche Wille der Vertragsparteien ist sodann durch Feststellung dessen zu ermitteln, worauf sich typischerweise der Wille der Vertragsschließenden bei Abschluß eines solchen Rechtsgeschäftes richtet. Es ist daher von der generellen Zielsetzung im Rahmen des Zwangsvergleiches auszugehen, wie sie sich typischerweise aus dem Gesichtspunkt der nicht bevorrechtigten Gläubiger und aus den Regelungen der Konkursordnung ergibt. Denn die Vertragsschließenden gehen von der materiellen und prozessualen Anerkennung des Zwangsvergleiches, zumindest im Rahmen der inländischen Rechtsordnung aus. Die deutsche Konkursordnung ist bezüglich der Auslandswirkung des inländischen Konkurses vom Universalitätsprinzip geprägt ²⁴¹. Sie geht von der Anerkennung des Konkursverfahrens und des Konkursbeschlages z.B. auch in der Schweiz aus. Auch wenn den Vertragsparteien des Zwangsvergleiches die Nichtanerkennung in der Schweiz unbekannt sein sollte, so geht der Wille der Vertragsparteien beim Abschluß des Zwangsvergleiches in aller Regel dahin, diesem eine weitestgehende Geltung zu verschaffen.

240 RGZ 77, 405 ff.

241 Vgl. Kapitel 1, I 2a, FN 11, 12, 13.

Soweit dem inländischen Zwangsvergleich verfahrensrechtliche Wirkungen im Ausland nicht zuerkannt werden, ist davon auszugehen, daß die Gläubiger zumindest die materielle Geltung des Vergleichsvertrages im Ausland wollten. Der materielle Vergleichsvertrag hat somit die Funktion eines "Auffangtatbestandes" für ausländische Rechtskreise, in denen die verfahrensrechtliche Wirkung keine Anerkennung findet.

Soweit die Geltung des Zwangsvergleiches auf seinen materiellen Vertragskern zurückgeführt wird, verliert er damit die verfahrensrechtlich normierte Allgemeinverbindlichkeit (§ 193 Satz 1 KO). An den materiellrechtlichen Erlaßvergleich gebunden sind nur die Vertragsparteien. Dabei handelt es sich erfahrungsgemäß um den ganz überwiegenden Teil der Gläubiger ²⁴². Auch in Anbetracht des Verlustes der Allgemeinverbindlichkeit ist von dem dominierenden Willen der Vertragsparteien zur weitestgehenden Geltungserhaltung des Zwangsvergleiches in der Form des materiellen Erlaßvergleichsvertrages auszugehen. Die Nichtbindung einer Minderheit der Gläubiger bezüglich der Wirkungen des Zwangsvergleiches in der Schweiz wird billigend in Kauf genommen. Dafür dürften in der Regel folgende Gründe sprechen:

- Die Bindung aller übrigen, materiellrechtlich zustimmenden Gläubiger, auch für die Bereiche des Auslandes, in denen die verfahrensrechtliche Wirkung des inländischen Zwangsvergleiches nicht anerkannt wird (Schweiz).

242 Die Erfahrung aus der Praxis zeigt, daß eine Kopfmehrheit von 80 - 90 % und eine Summenmehrheit von nahezu 95 % der Forderungen dem Zwangsvergleich ausdrücklich zustimmen, somit Vertragspartei des materiell-rechtlichen Erlaßvertrages werden.

- Die Vermeidung von Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen und Einzelbefriedigung der Mehrheit der nicht bevorrechtigten Gläubiger auch im Ausland.
- Allein auf der Grundlage dieses Willens wird der gegebenenfalls bestehende Rückforderungsanspruch der "Masse" gegen Gläubiger, die sich im Ausland eine Sonderbefriedigung verschafft haben, nicht beeinträchtigt. Ginge man von einem entgegengesetzten Willen der Vertragsparteien aus, so würde dies bedeuten, daß die im Ausland erlangte Sonderbefriedigung nach dem materiellen Inhalt des Zwangsvergleiches zu billigen ist. Diese Billigung würde dann platzgreifen, wenn das Konkursverfahrensrecht im Ausland nicht anerkannt wird. Von einem solchen Willen der Vertragsparteien ist nicht auszugehen.

Der mutmaßliche Wille der Vertragsparteien beim Abschluß eines Zwangsvergleiches ist regelmäßig auf die selbständige materiellrechtliche Wirkung des Vergleichsvertrages gerichtet mit der Folge, daß dem Vergleichsvertrag (Erlaßvertrag) auch in dem Ausland (Schweiz), in dem die konkursverfahrensrechtlichen Wirkungen des deutschen Konkurses nicht anerkannt werden, materiellrechtlich selbständige Wirkung zukommt. Die Vertragsparteien haben aufgrund der im Rahmen des Zwangsvergleiches geltenden Vertragsfreiheit die Möglichkeit, einen diesbezüglich vorhandenen tatsächlichen Willen im Wortlaut des Vergleichsvertrages zum Ausdruck zu bringen.

3. Zivilrechtliche Bindung an den Zwangsvergleichsvertrag der nicht zustimmenden und nicht teilnehmenden Gläubiger

Geht man von der selbständigen materiellen Wirkung des Vergleichsvertrages (Erlaßvertrag) aus, stellt sich die Frage, wer Vertragspartei dieses selbständigen zivilrechtlichen Vertrages geworden ist. Die Frage ist erheblich, weil sich die Allgemeinverbindlichkeit des Zwangsvergleiches aus der Anordnung des § 193 Satz 1 KO ergibt, der eine typische Regelung des Konkursverfahrensrecht darstellt, die in der Schweiz nicht anerkannt wird. Der Kreis der in den Erlaßvertrag einbezogenen Gläubiger muß sich nach den materiellrechtlichen Vorschriften bestimmen, um im Rahmen des Forderungsstatutes von Schweizer Gerichten anerkannt zu werden.

Gläubiger, die im Vergleichstermin dem Abschluß des Zwangsvergleiches zugestimmt haben, sind Vertragspartner des materiell selbständigen Vergleichsvertrages, da die von ihnen abgegebene Willenserklärung von ihrem tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen bezüglich des materiell selbständigen Vertrages gedeckt ist. Außer der ausdrücklichen Zustimmung im Vergleichstermin kommen noch weitere Gesichtspunkte in Betracht, die zu einer rechtlichen Bindung der einzelnen Gläubiger führen können.

a) Materielle Zustimmung durch verfahrensmäßig unwirksame Erklärung

Die formelle Wirksamkeit der Zustimmung der Gläubiger im Vergleichstermin ist an zahlreiche Formvorschriften geknüpft. Die Stimmabgabe ist nur mündlich und nur im Termin zulässig²⁴³. Soweit

243 Kuhn/Uhlenbruck, § 182, Rdnr. 3 f; Jaeger/Weber, § 182,

ein Bevollmächtigter für einen nicht anwesenden Gläubiger stimmt, hat der Bevollmächtigte vor Abgabe der Stimme die Bevollmächtigung nachzuweisen²⁴⁴. In der Praxis werden häufig vorformulierte Erklärungen an die Gläubiger versandt, mit denen sie schriftlich einem vom Gemeinschuldner oder vom Konkursverwalter vorgeschlagenen Vertreter gegenüber die Zustimmung zum Zwangsvergleichsvorschlag erklären, verbunden mit der Ermächtigung zur entsprechenden Abstimmung im Vergleichstermin. Sind mehrere Gläubiger durch dieselbe Person vertreten, so hat der Vertreter soviele Stimmen, als er Gläubiger vertritt²⁴⁵.

Gehen derartige zustimmende Erklärungen der Gläubiger verspätet - d.h. nach Abschluß des Vergleichstermines - dem Gemeinschuldner zu, so ist darin zumindest in materiellrechtlicher Hinsicht die Zustimmung zum Zwangsvergleich zu sehen, die materiellrechtliche Annahme des Zwangsvergleichsvorschlages; das Angebot des Gemeinschuldners zum Abschluß des Vergleichsvertrages wird dadurch angenommen, der materiell-rechtliche Vergleichsvertrag geschlossen.

Entsprechendes gilt für den Fall, daß ein Bevollmächtigter im Vergleichstermin die auf ihn lautende Vollmacht des Gläubigers nicht nachzuweisen vermag. Formellrechtlich ist diese Erklärung unwirksam. Materiellrechtlich ist eine wirksame Bindung des Gläubigers an den Vergleichsvertrag eingetreten unter der Voraussetzung, die Vollmacht bestand tatsächlich oder der Gläubiger genehmigte

Rdnr. 3; Kilger, § 182, Rdnr. 1.

244 Nach § 72 KO, § 88 II ZPO ist der Mangel der Vollmacht bei vertretenden Anwälten nicht von Amts wegen zu berücksichtigen vgl. Kuhn/Uhlenbruck, § 182, Rdnr. 1a.

245 Kuhn/Uhlenbruck, § 182, Rdnr. 3 c.

das Handeln des Vertreters nachträglich (§ 185 Abs. 2 BGB).

b) Zustimmung durch schlüssiges Verhalten

Unter Anwendung materiellrechtlicher Grundsätze kommt auch die bindende Zustimmung durch schlüssiges Verhalten in Betracht. Voraussetzung ist allerdings, daß das schlüssige Verhalten eindeutig und nachweisbar den Vertragsabschluß belegt. Problematisch ist im Einzelfall, wann ein solches schlüssiges Verhalten bejaht werden kann. Es könnte darin gesehen werden, daß der nicht - zumindest nicht ausdrücklich - zustimmende Gläubiger Zahlungen des Gemeinschuldners oder des Konkursverwalters (Treuhänders) im Rahmen der Abwicklung des Zwangsvergleiches widerspruchslos entgegennimmt. Dies könnte insbesondere dann gelten, wenn nicht unerhebliche Beträge - meist von dritter Seite - zur Durchführung des Zwangsvergleiches der "Masse" zur Verfügung gestellt werden.

In Anbetracht der Allgemeinverbindlichkeit des bestätigten Zwangsvergleiches ist dieser Gedanke jedoch nicht tragfähig. Allein wegen der Annahme von Zahlungen durch nicht zustimmende Gläubiger kann nicht auf die Billigung der materiellen Vertragsgrundlage rückgeschlossen werden. Vielmehr wird in aller Regel dieser Gläubiger dem "Zwang" der Allgemeinverbindlichkeit folgend, den Teilverlust einer Forderung hin- und die Zahlung als Kompensation annehmen.

Etwas anderes könnte allenfalls für einen ausländischen Gläubiger gelten, mit einem Sitz oder allgemeinen Gerichtsstand in einem Auslandsstaat, der die verfahrensrechtliche Wirkung des inländischen Konkurses nicht anerkennt. Nimmt ein solcher Gläu-

biger Zahlungen im Rahmen eines Zwangsvergleiches an und führt er anschließend in seinem Heimatlande Einzelvollstreckungsmaßnahmen gegen dort belegenes Vermögen des Gemeinschuldners durch, so ist durch die Annahme der Zahlungen im Rahmen des Zwangsvergleiches eine vertragliche Bindung durch schlüssiges Verhalten eingetreten²⁴⁶. Denn diesem Gläubiger stand es frei, auf die Anmeldung seiner Forderungen im deutschen Konkurs bzw. Zwangsvergleich zu verzichten und sich im Wege der Einzelbefriedigung in seinem Heimatland Erfüllung zu verschaffen. Hat er sich gleichwohl - so zu sagen frei von der Allgemeinverbindlichkeit des Zwangsvergleiches - am Verfahren beteiligt und Zahlungen aus dem Zwangsvergleich angenommen, so kann aus diesem Verhalten geschlossen werden, er stimme durch schlüssiges Verhalten materiellrechtlich dem Vergleichsvertrag zu, auch wenn er im formellen Vergleichstermin nicht für den Zwangsvergleich stimmte²⁴⁷.

c) Bindung durch Vertrag zu Lasten/zu Gunsten Dritter

Die Bindung der nicht zustimmenden Gläubiger an den Zwangsvergleich erfolgt durch Gesetz - die Konkursordnung. In der Literatur besteht im wesentlichen Einigkeit darüber, daß die Bindung im Rahmen des Konkursverfahrens nicht in der Form eines Vertrages zu Lasten Dritter stattfindet. Das Recht zum Abschluß eines Vertrages zu Lasten Dritter hätte, weil eine rechtliche Anomalie, klar und

246 Ob bei Teilnahme am Zwangsvergleichsverfahren die zusätzliche gesonderte Einzelbefriedigung eines solchen ausländischen Gläubigers ein treuwidriges Verhalten darstellt, ist im Rahmen der Frage der vertraglichen Bindung nicht relevant.

247 Auf dem entsprechenden Grundgedanken beruht die Entscheidung des Österreichischen Obersten Gerichtshofes vom 17.06.1925, ObGHE 7, 530, Nr. 212, vgl. dazu oben Kapitel 4, III 3.

deutlich durch Gesetz - die Konkursordnung - eingeräumt werden müssen²⁴⁸.

Auch im Rahmen der rein materiellrechtlichen Betrachtungsweise des Zwangsvergleiches kann eine wirksame Bindung der nicht zustimmenden Gläubiger durch Vertrag zu Lasten Dritter nicht angenommen werden. Die §§ 328 ff BGB ermöglichen es zwar, einem Dritten ohne seine Mitwirkung vertragliche Leistungsansprüche, Schadenersatzansprüche oder Einreden zu verschaffen. Ein Vertrag zu Lasten Dritter, durch den der Dritte ohne seine Mitwirkung unmittelbar vertraglich verpflichtet wird, ist dagegen mit der Privatautonomie nicht vereinbar und im BGB nicht vorgesehen²⁴⁹.

Zwar werden Belastungen eines Dritten, die sich nur als Einschränkung seiner Begünstigung darstellen, als zulässig angesehen. Unwirksam ist dagegen ein dem Dritten auferlegtes "Vertragsdiktat", d.h. eine Drittbegünstigung, mit der ohne Zustimmung des Dritten eine Verpflichtung zu einer Gegenleistung verbunden ist²⁵⁰. Im Zwangsvergleich ist die Zahlung der Vergleichsquote an jeden einzelnen Gläubiger von vornherein vertraglich verknüpft mit der von den Gläubigern zu gewährenden Stundung und/oder dem Erlaß. Ein solcher Vertrag zu Lasten Dritter ist unzulässig.

Trotz des regelmäßig mit dem Zwangsvergleich verbundenen Erlasses könnte man die Auffassung vertreten, in Wahrheit enthalte der Vergleichsvertrag eine Regelung zugunsten der Gläubiger, da die Vor-

248 Kuhn/Uhlenbruck, § 173, Rdnr. 1 B.

249 Münchener Kommentar /Gottwald, § 328, Rdnr. 97, unter Hinweis auf BGHZ 54, 145, 147, m.w.N.

250 Schirmer, S. 821, 840; Martens AcP 177 (1977), 113, 140; Staudinger/Kaduk, Vorbem. §§ 328 ff, Rdnr. 64.

teile aus dem Vergleich die damit verbundenen Nachteile überwiegen. Der Vorteil liegt in der Sicherung der Durchsetzbarkeit der Konkursforderung. Der Teilerlaß dieser Forderung ist demgegenüber nicht erheblich, da die Forderung ohne Zwangsvergleich weitgehend wertlos gewesen wäre.

Selbst wenn man diese Betrachtungsweise in den Vordergrund rückt und davon ausgeht, der Vergleichsvertrag wirke im wesentlichen zu Gunsten der Gläubiger, so ist dieser Gesichtspunkt nicht ausschlaggebend. Auch wenn man in diesem Zusammenhang an eine ähnliche Beurteilung wie in § 107 BGB denken wollte, bringt der Abschluß des Vergleichsvertrages für den Gläubiger nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil. Der Vergleichsvertrag enthält doch stets einen teilweisen Forderungserlaß und/oder eine Stundungsabrede, somit verpflichtende bzw. belastende Elemente. Es ist zwar möglich, dem Dritten in dem Vertrag, der zu seinen Gunsten geschlossen wird, eine Verpflichtung in dem Sinne aufzuerlegen, daß er das Recht nur erwirbt, wenn er die Verpflichtung übernimmt (z.B. selbst eine Leistung an eine weitere Person zu erbringen)²⁵¹. Lehnt der Dritte die Übernahme der Verpflichtung in diesem Falle ab, so erwirbt er auch nicht das Recht, ohne daß eine Zurückweisung seitens des Dritten erforderlich wäre. In jedem Falle bedarf die den Dritten betreffende Verpflichtung einer Zustimmung des Dritten. Ohne eine solche Zustimmung oder eine Ermächtigung würde eine Verpflichtung des Dritten seine rechtsgeschäftliche Willens- und Handlungsfreiheit in einer nicht zu rechtfertigenden Weise beeinträchtigen. Eine derartige Beeinträchtigung stände in unüberbrückbarem

251 Vgl. dazu Soergel/Schmidt, vor § 328, Rdnr. 11 ff.

Gegensatz zu den Grundprinzipien unseres Schuldrechts²⁵².

Eine materiellrechtliche Bindung der dem Zwangsvergleich nicht zustimmenden Gläubiger im Rahmen eines materiellrechtlichen "Vertrages zu Gunsten Dritter" muß daher abgelehnt werden.

4. Materiell-rechtliche Allgemeinverbindlichkeit des konkursrechtlichen Grundsatzes der par conditio creditorum

Der in § 181 KO für den Zwangsvergleich normierte Gleichbehandlungsgrundsatz ist auf rein materiellrechtliche Vergleichsverträge weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar²⁵³. Zwar setzt sich im internationalen Konkursrecht immer mehr der allgemeine Grundsatz der Gleichbehandlung durch. Dieser Gleichbehandlungsgrundsatz hat jedoch seine rechtliche Grundlage ausschließlich in den jeweiligen nationalen Konkursrechten. Entsprechende zivilrechtliche Normen liegen nicht vor.

Wird im Rahmen rein materiellrechtlicher Vergleichsverträge die Gleichbehandlung aller Gläubiger - auch solcher die am Vergleichsabschluß nicht teilnehmen - gewünscht, so kann dies ausdrücklich im Vergleichsvertrag zwischen den beteiligten Vertragsparteien ge-

252 Staudinger/Kaduk, Vorbem. §§ 328 ff, Rdnr. 64;
Soergel/Schmidt, § 328, Rdnr. 13.

253 Zum gerichtlichen Vergleich: Berges, KTS 1964, 129 ff, insbes. 130; Künne, DB 1965, 921 f; Westermann, S. 1005; Jaeger/Weber, § 181 Rdnr. 9;
Zum außergerichtlichen Vergleich: Kuhn/Uhlenbruck, § 181, Rdnr. 13, Jaeger/Weber, § 181, Rdnr. 15. Hier wird nur bei besonderen Umständen des Einzelfalles bei der Erfüllung des Vergleiches eine Gleichbehandlungspflicht gegeben sein, diese kann sich aber nur auf die Vergleichsparteien beziehen.

regelt werden. Es liegt insoweit eine für die Vertragsschließenden wirksame Vertragsabrede vor ²⁵⁴.

Diese vertragliche Regelung zwischen den Vertragsparteien bindet jedoch nicht die nicht zustimmenden Gläubiger. Damit ist deren Bindung im rein materiell-rechtlichen Vergleich aufgrund des konkursrechtlichen Grundsatzes der par conditio creditorum nicht zu erreichen.

Um praktisch zu einer Gleichbehandlung der Gläubiger im außergerichtlichen Liquidationsvergleich zu kommen, wird von der Literatur ²⁵⁵ für den Treuhandliquidationsvergleich vorgeschlagen, das Schuldnervermögen treuhänderisch auf einen Sachwalter zu übertragen. Bei Vorliegen eines echten Treuhandverhältnisses - und dinglich wirksamer Vermögensübertragung auf den Treuhänder - stehen nach dieser Ansicht dem Treuhänder gegen Vollstreckungsakte nicht beteiligter Gläubiger (Außenseiter) die Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO zur Verfügung. Demgegenüber ist nach der überwiegenden Meinung eine Vollstreckung durch die am Vergleich nicht beteiligten Gläubiger zulässig, so daß dem Treuhänder kein Interventionsrecht gemäß § 771 ZPO zusteht; lediglich Neugläubiger dürfen nicht vollstrecken ²⁵⁶. Darüber hinaus ist der Erfolg dieser Maßnahme aus folgenden Gründen nicht gesichert. Der Außenseiter kann die treuhänderische Übertragung möglicherweise auf der Grundlage des Anfechtungsgesetzes angreifen. Häufig wird es nicht gelingen, den Treuhandvertrag vor der Durchführung von Vollstreckungsmaßnahmen durch die Außenseiter abzuschließen. Schließlich haben die Außenseiter die Mög-

254 Vgl. hierzu Mühl, NJW 1956, 401 ff, insbesondere 402/403, vgl. dazu aber auch Kapitel 4, III 4 d, cc.

255 Vgl. Mühl FN 254.

256 Vgl. Zöllner/Schneider, § 771 Rdnr. 14.

lichkeit durch Konkursantrag die treuhänderische Übertragung zunichte zu machen.

Diese relativ komplizierten Vorschläge der o.g. Literatur haben nur ein Ziel, den konkursrechtlichen Grundsatz der par conditio creditorum im materiellrechtlichen Recht nachzuvollziehen. Diese Versuche scheitern, wo die Zustimmung der betroffenen Gläubiger fehlt.

Der materiellrechtliche Vergleichsvertrag (Erlaßvertrag) ist für all diejenigen, aber auch nur für diejenigen Gläubiger verbindlich, die diesem Vertrag ausdrücklich oder konkludent zustimmen und dadurch materiellrechtlich in das Vertragsverhältnis einbezogen sind. Eine Einbeziehung ohne die Äußerung des entsprechenden Willens der Gläubiger, z.B. durch Vertrag zu Lasten/zu Gunsten Dritter ist nicht möglich, zumindest nicht ohne Ermächtigung durch den Dritten. Die materiellrechtliche Geltung des konkursrechtlichen Grundsatzes der par conditio creditorum ist nicht anzuerkennen.

5. Berücksichtigung des im deutschen Liquidationsvergleich enthaltenen Vergleichsvertrages (Erlasses) im schweizerischen Prosequierungsverfahrens.

Der G1, der im Wege des Arrestes das in der Schweiz belegene Bankguthaben des Sch arrestiert hat, muß im Rahmen des sich anschließenden Prosequierungsverfahrens den Bestand der als Arrestanspruch geltend gemachten Kaufpreisforderung darlegen. Hat er dem in Deutschland abgeschlossenen Zwangsvergleich, der den teilweisen Erlaß seiner Forderung regelt, ausdrücklich oder schlüssig zugestimmt, ist er in materiellrechtlicher Hinsicht an diesen Vergleichsvertrag (Erlaß) gebunden. Im Rahmen des

Zwangsvergleiches kommt dem vertraglich vereinbarten Erlaß materiellrechtlich selbständige Bedeutung zu. Das hat zur Folge, daß unter Anwendung des Forderungsstatutes der materiellrechtliche Erlaßvertrag durch den Schweizer Richter auch im Prosequierungsverfahren zu berücksichtigen ist. Der Schweizer Richter hat somit zu beachten, daß durch den materiell-rechtlichen Erlaßvertrag die ursprüngliche Kaufpreisforderung des **G1** durch Erlaß teilweise untergegangen ist. Er kann also durch Urteil dem **G1** die Kaufpreisforderung nur in der Höhe zusprechen, in der sie noch nicht durch Erlaß oder durch Erfüllung erloschen ist. Nur insoweit wird dann der ausgebrachte Arrest am Vermögen des **Sch** Bestand haben und der weiteren Vollstreckung und Verwertung unterworfen sein.

Gesamtzusammenfassung

Die wichtigsten Ergebnisse dieser Arbeit lassen sich zu folgender Aussage zusammenfassen:

Der Zwangsvergleich ist ein besonderer Teil des Konkursverfahrens. Die Forderungen, deren Befriedigung im Konkursverfahren (Konkursforderung) begehrt wird (dazu dient die Konkursmasse), bleiben grundsätzlich in ihrem materiellen Bestand vom Konkursverfahren unberührt; soweit sie nicht durch Erfüllung erloschen sind, können sie nach Beendigung des Konkursverfahrens durchgesetzt werden.

Demgegenüber verändert regelmäßig der Zwangsvergleich die Forderungen in ihrem materiellen Bestand durch (Teil-) Erlaß. Zur Befriedigung der Vergleichsforderungen dient ebenfalls die Konkursmasse in ihrer Gesamtheit, unabhängig von der örtlichen Belegenheit der einzelnen Massegegenstände (Universalitätsprinzip).

Die materiell-rechtlich verändernde Wirkung des Zwangsvergleichs auf die Forderungen beruht auf der rechtlichen Qualifizierung des Zwangsvergleiches als privatrechtlicher Vertrag (Vertragstheorie). Sein Inhalt beurteilt sich nach den für Rechtsgeschäfte getroffenen Regelungen des BGB.

Demgegenüber ergibt sich die allgemeinverbindliche Wirkung des Zwangsvergleiches gegen sämtliche nicht bevorrechtigte Gläubiger des Gemeinschuldners, gleichgültig ob sie am Verfahren teilgenommen haben oder nicht, aus der konkursverfahrensrechtlichen Sondervorschrift § 193 Satz 1 KO. Um die aus- oder abgesonderte Befriedigung der gesicherten Forderungen auch in einem Zwangsvergleich zu gewährleisten, ist in § 193 Satz 2 KO der Erhalt der Sicherungsrechte trotz der Allgemeinverbindlichkeit des Zwangsvergleiches geregelt. Entgegen der herrschenden Meinung ist aus der konkursrechtlichen Sondervorschrift des § 193 Satz

2 KO nicht zu entnehmen, für den erlassenen Teil der Forderungen bleibe stets eine natürliche Verbindlichkeit (Naturalobligation) zurück, die einen Rechtsgrund für Erfüllungseleistungen des Gemeinschuldners oder ein Recht zum Behaltendürfen bei Vollstreckungen außerhalb des Konkursverfahrens (Sonderbefriedigung) darstelle.

Aufgrund der materiell-rechtlichen Wirkung des Zwangsvergleiches erlischt vielmehr der erlassene Teil der Forderungen (§ 397 BGB); das gilt für die ungesicherte Forderung uneingeschränkt. Für die gesicherte Forderung fingiert § 193 Satz 2 KO entsprechend dem Akzessorietätsprinzip den Bestand der erlassenen Forderung lediglich insoweit, als er zum Erhalt bzw. Durchsetzung der Sicherungsrechte notwendig ist. Für die ungesicherten (Konkurs-) Forderungen ist das Ergebnis dieser Betrachtung die Rückforderbarkeit von Beträgen, die der Gemeinschuldner, über die zugesagte Vergleichsquote hinaus, in Verkenntung der Rechtslage, an einen einzelnen Gläubiger gezahlt oder die dieser durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen erlangt hat. Als Anspruchsgrundlagen stehen im Vordergrund vertragliche Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung, weil die Sonderbefriedigung regelmäßig gegen die vertraglichen Abreden (Erlaß und Stundung) des Zwangsvergleiches verstößt. In Betracht kommen ferner bereicherungsrechtliche Ansprüche auf der Grundlage der Leistungskondiktion, soweit die Sonderbefriedigung auf einer "freiwilligen" Leistung des Gemeinschuldners beruht, und auf der Grundlage der Eingriffskondiktion, soweit die Sonderbefriedigung durch Vollstreckungsmaßnahmen erfolgte. Die bereicherungsrechtlichen Kondiktionen haben deshalb Erfolg, weil bezüglich der erlassenen Forderungen der Fortbestand einer Naturalobligation nicht anerkannt wird.

Für das Ausland, das die Wirkungen des deutschen Konkursverfahrens nicht anerkennt - hierfür steht beispielhaft die Schweiz -, führt die Untersuchung der Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Sonderbefriedigung inländischer Gläu-

biger im Ausland, auf der Grundlage der oben für das Inland festgestellten Grundsätze, zu folgenden Ergebnissen:

Die Ablehnung der Wirkungen des deutschen Konkursverfahrens in der Schweiz beruht auf der rein verfahrensrechtlichen Beurteilung des Zwangsvergleiches und der damit verbundenen kollisionsrechtlichen Beurteilung nach dem Grundsatz der *lex fori*, also nach Schweizer Verfahrensrecht.

Diese Beurteilung läßt den vertragsrechtlichen Aspekt des Zwangsvergleiches außer Betracht und berücksichtigt nicht den kollisionsrechtlichen Grundsatz, daß sich das Erlöschen einer Forderung nach demselben Statut beurteilt, das für das Zustandekommen des Vertrages gilt, aus dem die Forderung hervorgegangen ist. Bei inländischen Gläubigern des Gemeinschuldners ist die zu beurteilende Forderung in aller Regel aus einem Rechtsgeschäft mit dem Gemeinschuldner entstanden, das ausschließlich inländische Anknüpfungspunkte aufweist, also allein deutschem materiellem Recht unterworfen ist. Damit richtet sich materiell-rechtlich die Beurteilung des Erlöschens der Forderung, also des Erlaßvertrages, nach deutschem materiellem Recht.

Wählt man als Ausgangspunkt für die Beurteilung des deutschen Zwangsvergleiches aus schweizer Sicht die ursprüngliche Forderung und ihr materiell-rechtliches Schicksal, so führt die Überlegung auf der Grundlage der von beiden Staaten anerkannten Kollisionsregeln zur Anwendung deutschen materiellen Rechts für die Beurteilung des Erlöschens der Forderung.

Soweit Ansprüche gegen den inländischen Gläubiger, der sich die Sonderbefriedigung verschafft hat, im Inland geltend gemacht werden, bestehen Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung, Bereicherungsrecht (Leistung und Eingriffskondiktion) und Deliktsrecht (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 14 KO).

Da diese materiell-rechtlichen Gesichtspunkte auch von einem Schweizer Gericht zu berücksichtigen sind, kann damit eine Sonderbefriedigung im Ausland verhindert werden. Denn das Schweizer Gericht hat sich stets die Frage vorzulegen, ob die Forderung, deren Durchsetzung mit Hilfe der Schweizer Gerichte betrieben wird, materiell-rechtlich noch besteht oder durch Erlaßvertrag (Zwangsvergleich) untergegangen ist.

Allerdings ist stets die Frage aufzuwerfen und zu prüfen, ob die Vertragsparteien des Zwangsvergleiches die isolierte materiell-rechtliche Wirkung des von ihnen geschlossenen Erlaßvertrages (in der Form des Zwangsvergleiches) gewollt haben. Ein solcher Wille der Vertragsparteien entspricht der typischen Interessenlage. In rechtlicher Hinsicht ist die isolierte materiell-rechtliche Wirkung des Zwangsvergleiches aufgrund seiner Doppelnatur (ähnlich dem Prozeßvergleich) anzuerkennen.

Auf der Grundlage der isolierten materiell-rechtlichen Betrachtung des im Zwangsvergleich enthaltenen Erlaßvertrages, die seine Berücksichtigung im Ausland zur Folge hat, geht die Allgemeinverbindlichkeit verloren, da sich diese ausschließlich auf die verfahrensrechtliche Vorschrift des § 193 Satz 1 KO stützt. Die Wirkungen des Zwangsvergleichs erstrecken sich somit "nur" auf die mitwirkenden Vertragsparteien, wobei sich die Mitwirkung nicht nach formellen (konkursverfahrensrechtlichen), sondern nach materiell-rechtlichen Gesichtspunkten beurteilt. Die Zustimmung zum Zwangsvergleich, besser der Abschluß des Erlaßvertrages, kann auch durch schlüssiges Verhalten erfolgen. Eine Bindung der am Vertrag nicht beteiligten Gläubiger durch Vertrag zu Lasten oder zu Gunsten Dritter ist ebenso abzulehnen wie die Einbeziehung durch den rein konkursverfahrensrechtlichen Grundsatz der *par conditio creditorum*.

LEBENS LAUF

- 09.07.1951 geboren in Backnang (Baden-Württemberg) als Sohn des Unternehmers Ernst Stefan und seiner Ehefrau Lydia Stefan, geb. Wolfshörndl.
- 1957 - 1960 Besuch der Volksschule in Oppenweiler.
- 1960 - 1965 Besuch des Gymnasiums Backnang.
- 1965 - 1970 Besuch der Christopherus-Schule (christliches Jugenddorfwerk Deutschland) in Altensteig, dort Abitur 1970.
- 1970 - 1971 Studium der Volkswirtschaft in Karlsruhe
- 1971 - 1975 Studium der Rechtswissenschaften in Heidelberg, dort erstes juristisches Staatsexamen 1975.
- 1975 - 1978 Referendarzeit beim Landgericht Heidelberg.
- 1978 Zweites juristisches Staatsexamen in Stuttgart.
- 1978 Zulassung als Rechtsanwalt beim Landgericht Stuttgart, Aufnahme der Anwaltstätigkeit in der Kanzlei Dr. Strobel & Partner/ Stuttgart.
- 1983 Aufnahme als Sozius in der Kanzlei Dr. Strobel & Partner.
- 1986/1987 Gasthörer der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz.

Druckerei Weser GmbH
Gutenbergstraße 50
7000 Stuttgart 1

